Die Entwickelung und Gestaltung des Rechtes des Rücktritts bei gegenseitigen Verträgen im römisch-gemeinen Recht und im bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural - Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt

von

Karl Steinhauer

Referendar am Landgericht zu Coblenz.

ACAD. UNIV. BAT. ROST.

Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1903.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0029

Meinem lieben Vater!

Der Verfasser.

Literatur-Verzeichnis.

Archiv für die civilistische Praxis:
Band 3. Heidelberg 1822.
Band 46. Heidelberg 1863.
Band 50. Heidelberg 1867.

Bechmann, System des Kaufs nach gemeinem Recht. Erlangen 1884.

Bendixen, Das jus poenitendi, Inaug.-Diss. Göttingen

Cosack, 1. Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Band 1. 3. Aufl. Jena 1899.
2. Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. Stuttgart 1900.

Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung Prag 1871,

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

Dernburg, 1. Pandekten, Band 2. Obligationenrecht. 6. Auflage. Berlin 1900.
2. Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens. Band 2. Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des deutschen Reichs und Preussens. I. Abteilung: Allgemeine Lehren. 1. und 2. Aufl. Halle 1899.

Eiswald, Rücktritt und Zurückweisung, Inaug.-Diss. Erlangen.

Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs. Band 1 und 3. 8. Aufl. Berlin 1900.

Erxleben, Die Condictiones sine causa. Leipzig 1850.

Glück, Pandekten. Band 4 und 16. Erlangen 1796. 1814.

Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten. Berlin 1888.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Band 44 und 45.

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. II. Abteilung. Berlin 1883 bis 1887.

Hoffmann, Inwieweit kennt das bürgerliche Gesetzbuch ein gesetzliches Rücktrittsrecht vom Vertrage? Inaug.-Diss. Greifswald.

Jakobson, Rücktrittsrecht des Gläubigers in mora debitoris. Inaug.-Diss. Erlangen.

Kaufmann, Kommentar und Institutionen des bürgerlichen Gesetzbuchs. Band 1 und 2. Bonn 1900/1901.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich.

Lehmann, Die Ausweitung der debitorischen Verzugswirkung bei gegenseitigen Verträgen. Dresden 1891.

Lehmann und Ring, Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich. Band 2. Berlin 1901.

Littmann, Das gesetzliche Rücktrittsrecht vom Vertrage nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Inaug.-Diss. Rostock.

von Madai, Die Lehre von der Mora. Halle 1837.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Band 1. 3. und 4. Aufl. Berlin 1900.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht.
II. Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse.
III. Abteilung: Die Lehre von der Mora, nebst Beiträgen zur Lehre von der Kulpa. Braunschweig 1855.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Band 2. Recht der Schuldverhältnisse.

Neues Archiv für Handelsrecht. Band 3. Hamburg 1862.

Oertmann, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch: Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1900.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz: Das Recht der Schuldverhältnisse. 1. und 2. Aufl. Berlin 1900.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Schollmeyer, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetz: Recht der Schuldverhältnisse. München 1899.

Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. Band 2. 3. Aufl. Leipzig 1868.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Band 2. 6. und 7. Aufl. Berlin 1900.

Thibaut, System des Pandektenrechts. Band 1. 9. Auflage. Jena 1846.

von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Band 3. 7. Aufl. Marburg 1867.

Wendt, Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften.

Heft 1. Die condictio ex poenitentia. Erlangen 1878.

Heft 2. Die Reuverträge. Erlangen 1879.

von Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. Band 2. 5. Aufl. München 1837.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Band 2. 8. Aufl. Bearbeitet von Kipp. Frankfurt a. M. 1900/1901.

Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Civilrechts. Band 2. Freiburg 1894.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Band 19. Erlangen 1873.

Zitelmann, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Einleitung. 12—14

Allgemeiner Teil.

§ 1. I. Begriff und Wesen des Rücktritts unter Gegenüberstellung anderer „rücktrittsähnlicher" Handlungen . . . . . 14—17

§ 2. Fortsetzung. 17—20

§ 3. II. Die Bedeutung eines Rücktritts bei den einzelnen Vertragsarten . . . . . 20—21

§ 4. III. Der Charakter des Rücktrittsrechts . . 22—23

Besonderer Teil.

I. Das gesetzliche Rücktrittsrecht.

1. Seine Entwickelung und Gestaltung in den einzelnen Rechtsbildungen.

a) Im römisch-gemeinen Recht.

§ 5. α) Bei den Innominatkontrakten 23—28

β) Bei den Konsensualkontrakten.

§ 6. αα) Im Allgemeinen . . . 28—31

§ 7. ββ) Bei der mora debitoris 31—37

§ 8. Fortsetzung. 37—41

§ 9. γγ) Besondere Fälle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts beim Kauf . 42—43

		Seite
§ 10.	b) Das gesetzliche Rücktrittsrecht im preussischen Allgemeinen Landrecht, im Code civil und im alten Handelsgesetzbuch	43—46
	2. Das gesetzliche Rücktrittsrecht im bürgerlichen Gesetzbuch.	
§ 11.	a) Der Standpunkt des ersten Entwurfs	46—47
§ 12.	b) Das gesetzliche Rücktrittsrecht im bürgerlichen Gesetzbuch bei Unmöglichkeit und bei Verzug	47—61
§ 13.	Fortsetzung.	61—72
	II. Das vertragsmässige Rücktrittsrecht.	
§ 14.	1. Die Art der Behandlung des vertragsmässigen Rücktrittsrechts in den Pandekten und dem bürgerlichen Gesetzbuch	72—74
	2. Überblick über die sog. „Reuverträge“ des gemeinen Rechts.	
§ 15.	a) Im Allgemeinen	74—77
§ 16.	b) Die einzelnen Reuverträge . .	77—81
§ 17.	3. Die im bürgerlichen Gesetzbuch besonders hervorgehobenen Fälle eines vertragsmässigen Rücktrittsrechts	81—83
	III. Die gemeinschaftlichen Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs für das gesetzliche und vertragsmässige Rücktrittsrecht.	

§ 18. 1. Die Ausübung des Rücktrittsrechts (der Rücktritt) . . . . . Seite 83—87
§ 19. 2. Die Wirkungen des Rücktritts . . 87—91
§ 20. 3. Der Wegfall des Rücktrittsrechts. — Die Unwirksamkeit des Rücktritts . 91 – 95

Schluss: Rückblick. 96—98

Einleitung.

Das Endziel eines obligatorischen Vertrages ist die Erfüllung. Derjenige Erfolg soll von der verpflichteten Partei, dem Schuldner, oder, wenn es sich um einen gegenseitigen Vertrag handelt, von beiden Parteien wechselseitig herbeigeführt werden, der den Kontrahenten beim Abschluss des Vertrags vorgeschwebt hat, um deswillen sie die Vereinbarung getroffen haben. Es liegt somit auch im Interesse einer bezw. beider Parteien, dass der Vertrag so lange zu Recht besteht, bis er erfüllt ist. Mit der Erfüllung löst er sich von selbst auf, der Zweck der obligatorischen Bindung ist erfüllt, wenn auch nicht die Erfüllung den einzigen Erlöschungsgrund eines Schuldverhältnisses bildet. Es ist daher im Interesse der Verkehrssicherheit eine Hauptaufgabe des Rechts, jene durch den Vertragsabschluss begründete rechtliche Gebundenheit auch aufrecht zu erhalten; vor allem darf es die Rechtsordnung nicht in das Belieben einer Partei stellen, willkürlich die Auflösung des Vertrags einseitig herbeizuführen. Die gegenseitige Gebundenheit, das vinculum juris, bildet eben das Wesen des obligatorischen Vertrags, „eine rechtliche Fessel, welche die Möglichkeit

bereuender Sinnesänderung ganz ausschliesst".[1] Nun können allerdings gewisse Tatsachen und Verhältnisse eintreten, die aus Gründen der Billigkeit die Möglichkeit einer einseitigen Aufhebungsbefugnis erwünscht erscheinen lassen. Diese Umstände können so sehr im Gegensatz zu dem stehen, was von den Parteien gewollt ist, dass bei deren Vorhandensein die Parteien an einen Vertragsabschluss gar nicht gedacht, oder aber sich wenigstens, wenn sie sie hätten voraussehen können, eine Auflösungsbefugnis vorbehalten hätten. Wann aber solche Umstände vorhanden sind, dies zu normieren, ist alsdann die weitere Aufgabe der Rechtsordnung, wenn sie, von ihrem Prinzip der rechtlichen Gebundenheit abweichend, aus Billigkeitsrücksichten ein Rücktrittsrecht vom Vertrage konstruieren will. Die Beurteilung dagegen lediglich einer Partei zu überlassen, hiesse die Sicherheit des Rechtsverkehrs in höchster Weise gefährden. Es musste also der Gesetzgeber genau die Fälle aufzählen, in denen einer Partei das Recht zustehen soll, einseitig vom Vertrag zurückzutreten. Aber diese Regelung ist keine ausschliessliche, es ist vielmehr den Parteien auf diesem Gebiete ein weiter Spielraum gelassen.

Wir kommen somit zu der Haupteinteilung der einseitigen Auflösungsbefugnis in ein gesetzliches Rücktrittsrecht, wenn die Voraussetzungen, unter denen es gegeben ist, genau vom Gesetzgeber statuiert sind, und in ein vertragsmässiges Rücktrittsrecht, wenn seine Ausübung an das Gegebensein bestimmter Bedingungen

---

1) Wendt a. a. O. II. S. 1.

vertragsmässig geknüpft ist. Beide Arten des Rücktrittsrechts sollen den Gegenstand dieser Darstellung bilden; insbesondere soll die Entwickelung, welche das gesetzliche Rücktrittsrecht in den einzelnen Rechtsbildungen, namentlich im gemeinen Recht, erfahren hat, des näheren beleuchtet werden.

Allgemeiner Teil.

§ 1.

I. Begriff und Wesen des Rücktritts unter Gegenüberstellung anderer „rücktrittsähnlicher" Handlungen.

Bevor wir zur Darstellung der für das Rücktrittsrecht geltenden Rechtssätze übergehen, soll zunächst festgestellt werden, was das bürgerliche Gesetzbuch unter dem Rechtsinstitut des „Rücktritts", durch den ein bestehendes Rücktrittsrecht verwirklicht wird, versteht. Das bürgerliche Gesetzbuch kennt nämlich eine Reihe von Rechtshandlungen, die die Natur des „Rücktritts" zu teilen scheinen. Diese „rücktrittsähnlichen" Handlungen sollen an dieser Stelle nur insoweit herangezogen werden, als sie einen mehr oder minder scharfen Gegensatz zu dem Begriffe bilden, den das bürgerliche Gesetzbuch als den „Rücktritt" im technischen Sinne bezeichnet.

1. Der Rücktritt ist begrifflich nur möglich bei einem gültig zu Stande gekommenen Vertrag. Hier ergiebt sich der Gegensatz zur Anfechtung, welche zwar im Wesentlichen zu dem gleichen Ergebnis, wie der Rücktritt, führt. Das Rechtsgeschäft aber, das infolge der Anfechtung zur Auflösung gebracht wird,

leidet an einem Mangel; einer der gesetzlich statuierten Anfechtungsgründe liegt vor, der das Wirksambleiben des Rechtsgeschäfts in Frage stellt.

2. Dem Rücktritt verwandt ist der Widerruf, gleichfalls ein einseitiges Rechtsgeschäft, gerichtet auf die Wiederaufhebung eines Rechtsverhältnisses unter Beseitigung der aus ihm resultierenden Folgen. So kann der Stifter das Stiftungsgeschäft unter Lebenden widerrufen, solange nicht die staatliche Genehmigung erteilt und dadurch die Stiftung als juristische Person ins Leben getreten ist (§ 81. II. BGB.); der Kontrahent, der einen Vertrag mit einem Minderjährigen geschlossen hat, denselben durch Widerruf aufheben, solange nicht die erforderliche Genehmigung seitens des gesetzlichen Vertreters erfolgt ist (§ 109, I. a. a. O.); derjenige, der durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung ausgesetzt hat, diese Auslobung bis zur Vornahme der Handlung widerrufen (§ 658, I a. a. O.); alles Fälle, in denen von der widerrufenden Partei eine von ihr abgegebene Willenserklärung, über die der Widerrufende noch eine gewisse Verfügungsmacht besitzt, wieder zurückgenommen wird. Es ist noch kein rechtlich gesichertes Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrags begründet, ein beide Parteien umfassendes rechtliches Band noch nicht geschaffen (vgl. auch die §§ 178, 610, 671, I, 2253 a. a. O.). Anders verhält es sich beim Rücktritt. Hier handelt es sich um ein fertiges Rechtsverhältnis, die rechtliche gegenseitige Gebundenheit ist bereits eingetreten, der Rücktritt erfolgt oft gegen den Willen des Gegenkontrahenten.

Ferner sind in der Regel bei den Rechtsgeschäften, bei denen ein Widerruf möglich ist, auch keine anderen Folgen eingetreten, als dass derjenige, der das Rechtsgeschäft vorgenommen hat, an seine Willenserklärung bis zum Widerruf gebunden ist. Es hat der Gesetzgeber an den Widerruf auch keine Verpflichtungen für die Parteien geknüpft, wie er welche in den §§ 346 fl. des bürgerlichen Gesetzbuchs für den Rücktritt normiert hat. Die Gebundenheit der widerrufenden Partei erlischt, und wenn bereits etwas geleistet sein sollte, so kann dies, nachdem dem Rechtsgeschäft durch den Widerruf die Kausa genommen ist, nach den Vorschriften über die Herausgabe wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangt werden (§§ 812 fl. a. a. O.). Dies wird z. B. dann praktisch werden, wenn der Schenker wegen schwerer Verfehlung des Beschenkten gegen den Schenker oder einen seiner Angehörigen die Schenkung widerruft (§ 530 a. a. O.).[2]

3. Auch die Kündigung führt zur Auflösung eines Vertragsverhältnisses. Äusserlich betrachtet, ist sie dem Rücktritt gleich; auch die Kündigung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile, der Unterschied besteht bezüglich der Wirkung. Während ein Schuldverhältnis durch den Rücktritt ex tunc aufgehoben wird, bringt die Kündigung einen Vertrag nur für die Zukunft zum Erlöschen, für die Vergangenheit bleibt er voll wirksam (§§ 542 fl., 549, 553 fl., 564, 567, 569 fl., 595 fl., 605, 623, 723 u. a. a. a. O.).[3]

2) Planck a. a. O. II S. 128. Anm. 5. Kaufmann a. a. O. S. 89. II S. 199.

3) Planck II S. 128. Anm. 5.

Diejenigen Schuldverhältnisse, bei denen das Gesetz von einer Kündigung spricht, charakterisieren sich als solche, welche auf die Dauer eingegangen werden, z. B. Miete, Pacht, Dienstvertrag u. a.[4] Bei dieser Art von Verträgen ist eine lediglich für die Zukunft wirkende Auflösung, unbeschadet der Wirksamkeit für die Vergangenheit, schon an sich begrifflich geboten. Bei der Sachmiete z. B. ist der Vermieter zur Überlassung des Mietobjektes für eine Dauer, die sich entweder als eine vertragsmässig begrenzte oder als eine unbestimmte darstellt, verpflichtet, der Mieter zu einer dementsprechenden Benutzung des Gegenstandes berechtigt. Die Wiederherstellung des früheren Zustandes, was für den Rücktritt charakteristisch ist, ist hier eine logische Unmöglichkeit. Der Verkäufer kann die tradierte Kaufsache wieder zurücknehmen und den gezahlten Kaufpreis zurückerstatten. Die Leistung des Vermieters dagegen, das Überlassen der Mietsache an den Mieter, kann nicht rückgängig gemacht werden, ebensowenig wie die Tatsache der Benutzung durch den Mieter. Die Auflösung des Mietvertrags kann also nur für die Zukunft von Bedeutung sein; gründet sich doch auch der Anspruch des Vermieters auf Zahlung des Mietzinses für die Überlassung und Benutzung der Mietsache bis zur Kündigung auf das bis dahin zurechtbestehende Vertragsverhältnis.

4) Der I. Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs schied die Begriffe des Rücktritts und der Kündigung nicht scharf. Auch bei den auf fortdauernde Leistungen gerichteten Verträgen spricht der Entwurf an verschiedenen Stellen von einem „Rücktrittsrecht" bezw. einem „Zurücktreten für die Zukunft" (E. I §§ 528, I 529, I 557, 566 u. a. — Mot. II S. 417).

§ 2.

Fortsetzung.

4. Was ferner die Wandelung beim Kauf (§ 462 a. a. O.) und Werkvertrag (§ 634 a. a. O.) angeht, so sollen für dieses Rechtsinstitut die für das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften, abgesehen von einigen Ausnahmen, analoge Anwendung finden, insbesondere hinsichtlich der rechtlichen Wirkungen, die die Wandelung erzeugt (§§ 467, 634 IV a. a. O.). Der Vertrag wird mit rückwirkender Kraft ex tunc aufgelöst, und die Parteien sind verpflichtet, die etwa bewirkten Leistungen einander zurückzugewähren. Festzuhalten ist jedoch, dass die rechtliche Konstruktion der Wandelung und des Rücktritts eine durchaus verschiedene ist. Zunächst genügt zum Vollzuge der Wandelung nicht schon, wie beim Rücktritt, die blosse Erklärung, dass man den Kauf- bzw. Werkvertrag aufhebe, es muss sich vielmehr der Gegner mit dieser Erklärung einverstanden erklären (§ 465 a. a. O.), also eine diesbezügliche Einigung unter den Parteien zu stande kommen. Der Käufer bzw. beim Werkvertrag der Besteller haben an den Gegner einen Anspruch, dass dieser in die ihm angetragene Wiederaufhebung des Vertrags einwilligt oder mit Planck zu sprechen „der Käufer kann vom Verkäufer die Annahme seines auf Aufhebung des Kaufvertrags gerichteten Antrags verlangen.“ Im Weigerungsfall kann darauf geklagt werden, und das rechtskräftige Urteil ersetzt die Einwilligungserklärung.[5] Den Grund für diese Konstruktion des Rechtes auf Wandelung als eines Anspruchs bildet

5) § 894 CPO. — Planck II S. 248. Endemann a. a. O. I S. 721. — Prot. I S. 710, 802.

die Absicht des Gesetzgebers, eine „Grundlage für die Verjährung zu gewinnen," und diese Absicht basiert ihrerseits auf dem Gedanken der Erhaltung der Verkehrssicherheit und Verkehrsinteressen, insbesondere auf dem Gebiete der Kaufverträge.[6]

5. Schliesslich kommt dem Rücktritt zwar nahe, ist aber scharf von ihm zu scheiden die an die Gegenpartei gerichtete Erklärung, dass man die Leistung ablehne (§§ 280 II, 283 I, 286 II a. a. O.) In diesen Fällen steht dem Gläubiger neben der Zurückweisungsbefugnis ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu. Macht er ihn nicht geltend, so bedeutet dies einen Verzicht auf die Interesseforderung; besteht er jedoch auf diesem Anspruch, so greift er wieder auf den Vertrag zurück; denn die Voraussetzung der Geltendmachung desselben bildet die Rechtsbeständigkeit des Vertrags, und diese wird durch die an die Gegenseite gerichtete Ablehnungserklärung nicht berührt. Gerade dieser Punkt ist entscheidend dafür, dass man jene Ablehnungserklärung, verbunden mit dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, mit dem Rücktritt nicht gleich stellen darf. Daher gestattet das Gesetz auch nur wahlweise Rücktritt vom Vertrag und Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung (§§ 325 I, 326 I a. a. O.). „Rücktritt und aus dem Vertrag entspringender Anspruch auf Schadensersatz schliessen sich aus. Denn der Rücktritt soll die Beteiligten in die Lage versetzen, als ob der Vertrag nicht geschlossen wäre. Hiermit verträgt sich ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse nicht."[7]

6) Mot. II S. 238.
7) Mot. II S. 211.

Wir gelangen zu folgender Begriffsbestimmung des Rücktritts: Rücktritt im Sinne des BGB. bedeutet die einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Rücktrittsberechtigten an die Gegenpartei, dass er das zwischen ihnen bestehende, gültig zustande gekommene Rechtsverhältnis aufhebe, mit der Wirkung, dass durch dieses einseitige Rechtsgeschäft das Schuldverhältnis ex tunc aufgelöst und kraft Gesetzes für die Parteien eine obligatorische Verpflichtung zur Rückgewähr der etwa bewirkten Leistungen begründet wird (§ 346 a. a. O.).

§ 3.

II. Die Bedeutung eines Rücktritts bei den einzelnen Vertragsarten.

Es bleibt noch zu erörtern, welche Bedeutung dem Rücktritt bei den einzelnen Vertragsarten zukommt.

1. „Bei den einseitig verpflichtenden Verträgen, bei denen nur der eine Teil berechtigt und der andere verpflichtet ist, kann ein Rücktritt von keiner besonderen wirtschaftlichen Bedeutung sein. Der Gläubiger, der ein Interesse an der schuldnerischen Leistung hat, würde sich selbst schädigen, wenn er von dem Vertrag zurückträte, während er andrerseits den Schuldner von der ihm obliegenden Verpflichtung befreite. Ein etwaiger Rücktritt kommt hier einem Verzichte gleich. Gegen vertragswidriges Verhalten des Schuldners wird der Gläubiger durch die Einräumung einer Ablehnungsbefugnis, mit der sich ein Anspruch auf Schadensersatz verbindet, sichergestellt. Diese wird bei den einseitigen Verträgen wohl am meisten praktisch werden.

2. Auch bei jenen Verträgen, die eine Zwischenbildung zwischen dem streng einseitigen und dem gegenseitigen Vertrag darstellen, bei denen nur eventuell eine Gegenverpflichtung für den Gläubiger begründet sein kann, z. B. beim Auftrag: eine Verpflichtung des Auftragsgebers gegenüber dem Beauftragten zum Ersatz der Aufwendungen (§ 670 a. a. O.), die beiden Verpflichtungen jedoch nicht von Haus aus wechelseitig bedingt sind, wird ein Rücktritt des zunächst und grundsätzlich berechtigten Teils ebensowenig wie bei den streng einseitigen Verträgen eine ihm eigentümliche Bedeutung haben, vielmehr wie dort als ein Verzicht erscheinen.

3. Das Gebiet, auf dem sich die Natur des Rücktritts in der ihr eigenen Art zeigt, ist das der gegenseitigen Verträge, bei denen jeder Kontrahent zugleich als Gläubiger und Schuldner erscheint, jede Leistung ein Äquivalent für die andere bildet. Hier verliert nicht bloss der zurücktretende Teil seine Rechte aus dem Vertrag, auch der seinerseits berechtigte Gegner geht infolge der durch den Rücktritt herbeigeführten Auflösung des Vertrags derselben verlustig. Die Berechtigung zum Rücktritt vorausgesetzt, wird dieser selbst unter Durchbrechung des gegnerischen Willens erfolgen. [8]

8) Auffallend ist es, dass das BGB. in den §§ 2293, 2294, 2295 von einem „Rücktritt" vom Erbvertrag spricht. Abgesehen davon, dass sich der Erblasser ein Rücktrittsrecht vorbehalten hat, gewährt ihm der § 2294 ein Rücktrittsrecht vom Erbvertrag, wenn sich der Bedachte einer schweren Verfehlung gegen den Erblasser schuldig macht, bildet also ein Analogon zu § 530, der dem Schenker unter entsprechenden Voraussetzungen ein Recht einräumt, die Schenkung zu widerrufen. Auch der Rücktritt beim Erbvertrag teilt die Natur des Wider-

§ 4.

III. Der Charakter des Rücktrittsrechts.

Damit der Rücktritt wirksam ist, ist, abgesehen von anderen Voraussetzungen, insbesondere erforderlich, dass derjenige, der von einem Vertrage zurücktritt, dazu berechtigt ist, ihm ein Rücktrittsrecht zusteht, mag dieses auf vertraglicher Abrede beruhen oder kraft Gesetzes gegeben sein (vgl. Einleitung am Ende). Das Rücktrittsrecht gehört einer bestimmten Gruppe von subjektiven Rechten an, denjenigen Rechten nämlich, kraft deren man die Möglichkeit hat, durch Rechtsgeschäft eine bestimmte Rechtswirkung hervorzurufen, den sog. subjektiven „Kann-

rufs. „Die grobe Pietätsverletzung nimmt der vertragsmässigen Zuwendung ihren innern Grund" (Endemann a. a. O. III S. 260.)

Im § 2295 ist der Erbvertrag, der zu Gunsten des anderen Teils mit Rücksicht auf dessen rechtsgeschäftliche Verpflichtug, dem Erblasser für die Lebenszeit desselben wiederkehrende Leistungen zu entrichten, eingegangen ist, nach Art eines gegenseitigen Vertrags konstruiert (vgl. die Schenkung unter einer Auflage § 527). Die vertragsmässige Zuwendung ist von einer Gegenverpflichtung des Bedachten abhängig; wenn auch nur in einer bestimmten Hinsicht Wird nämlich diese Gegenverpflichtung vor dem Tode des Erblassers aufgehoben, so soll der Erblasser nicht mehr an die vertragsmässige Zuwendung gebunden, vielmehr zum Rücktritt berechtigt sein. Auch hier wäre wohl der Begriff des Widerrufs eher angebracht. Prinzipiell soll durch diese vertragsmässige Verfügung der Bedachte, d. h. derjenige, zu dessen Gunsten sie getroffen ist, der Alleinberechtigte sein, und wenn dieser seinerseits eine Verpflichtung dem Erblasser gegenüber eingeht, so wird dadurch doch nicht ein Austausch gegenseitiger Leistungen in der Weise beabsichtigt, dass die Leistung des einen Teils ein Äquivalent für die Gegenleistung bilden soll. Der Erbvertrag stellt sich an sich als ein einseitiger Vertrag dar, sofern er nicht die Natur eines gegenseitigen Erbvertrags im Sinne des § 2298 annimmt.

rechten".[9] Wer ein Rücktrittsrecht besitzt, kann durch ein einseitiges Rechtsgeschäfts, den Rücktritt, der als die Ausübung des Rücktrittsrecht erscheint, die Auflösung eines Vertragsverhältnisses herbeiführen. Nur eine rechtliche Macht wird durch das Rücktrittsrecht für den, dem es zusteht, begründet, nicht auch ein Anspruch gegen den andern Teil. Zur Auflösung des Vertrags ist, wie im § 2 gezeigt, ein Mitwirken des Gegners nicht erforderlich. Weil kein Anspruch, ist das Rücktrittsrecht einer Verjährung nicht unterworfen.

Besonderer Teil.

I. Das gesetzliche Rücktrittsrecht.

1. Seine Entwickelung und Gestaltung in den einzelnen Rechtsbildungen.

a. Im römisch-gemeinen Recht.

§ 5.

α. Bei den Innominatkontrakten.

Wenn wir nunmehr zu der Frage übergehen, inwieweit das römisch-gemeine Recht ein gesetzliches Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen, den contractus bilaterales aequales kennt, so muss zunächst darauf hingewiesen werden, dass, da im römisch-gemeinen Recht auf dem Gebiete des Obligationenrechts alle aus einem juristischen Tatbestand entspringenden Rechte als Aktionen konstruiert sind, ihm jedoch hier subjektive

9) Zitelmann a. a. O. S. 23.

Kannrechte, wie wir sie im BGB. finden, unbekannt sind, dass hier, soweit ein gesetzliches Rücktrittsrecht in Betracht kommt, ein solches die Gestalt einer Restitutionsklage annimmt.

Von dem Grundsatze ausgehend, dass die durch eine Obligation begründete rechtliche Gebundenheit solange bestehen bleibt, bis beide Parteien ihren Verpflichtungen aus einem gegenseitigen Vertrage nachgekommen sind, gewährt das römisch-gemeine Recht prinzipiell beim Ausbleiben einer Leistuug nur eine Klage auf Erfüllung bzw. auf das Interesse, nicht aber auch die Möglichkeit, den Vertrag durch Geltendmachung einer Restitutionsklage einseitig zur Auflösung zu bringen. Eine Ausnahme von diesem Prinzip tritt uns im römischen Recht auf dem Gebiete der Innominatkontrakte entgegen; hier finden wir ein sog. „Reurecht," ein jus poenitendi, für die vorleistende Partei begründet, dessen Gegebensein mit Rücksicht auf die anfängliche juristische Konstruktion der Innominatkontrakte als gerechtfertigt erscheint.

Bei diesen Verträgen, denjenigen Contractus, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt, bildete den verpflichtenden Rechtsgrund eine Tatsache, die Leistung der einen Partei mit dem Vorbehalt einer Gegenleistung und die Annahme jener Leistung seitens des anderen Teils. Klagbar waren sie in der ersten Zeit nicht, wer vorleistete, tat es auf seine Gefahr, der Verpflichtungsgrund war zwar damit geschaffen, — die Vorleistung war lediglich contrahendi causa geschehen , aber zu veranlassen, dass nun auch der andere Teil die Gegenleistung bewirkte, dazu war mangels der

Klagbarkeit jener Verträge dem Vorleistenden kein Rechtsmittel gegeben. Eine nebenbei getroffene vertragliche formlose Abrede, dass auch der Gegner zur Leistung verpflichtet sein solle, war nach älterem römischen Recht rechtlich indifferent. War somit für die vorleistende Partei keine Möglichkeit gegeben, sich ein Äquivalent für ihre Leistung zu verschaffen, so konnte sie doch das, was sie vorgeleistet hatte — und zwar nicht solvendi, sondern contrahendi causa - mit der condictio ob causam datorum bzw. causa data causa non secuta zurückverlangen. Diese Kondiktio stand ihr schlechthin zu, ohne an bestimmte Voraussetzungen gebunden zu sein, Verzug der Gegenseite war nicht erforderlich; ex mera paenitentia konnte sie ihre Leistung zurückfordern, es genügte der Umstand, dass sie die Leistung, — aus welchem Grunde war gleichgültig —, gereute, weshalb jene Kondiktio in dieser Anwendung auch als condictio propter paenitentiam bezeichnet wird. Dieses Reurecht bedeutete einen grossen Vorteil für den vorleistenden Teil, es musste ihm aber in erster Linie ein Ersatz dafür sein, dass ihm das Recht die Möglichkeit versagte, auf die Gegenleistung zu klagen. Es war ein Gebot der Billigkeit.[10]

Dieser Zustand konnte aber nnr solange rechtlich geduldet werden, bis das Recht ein Mittel schuf, das ein solches bedingungsloses Reurecht als überflüssig, ja als unbillig erscheinen liess. Einen Wendepunkt bedeutete die Einführung der actio praescriptis verbis, mit welcher derjenige, der bei einem Innominatkontrakt

10) Vangerow a. a. O. III S. 239; Windscheid a. a. O. II S. 303, Anm. 11

vorgeleistet hatte, die Gegenleistung einklagen konnte. Und wie vor Einführung dieser Klage dem vorleistenden Teil aus Billigkeitsgründen ein Pönitenzrecht schlechthin eingeräumt wurde, so sind es jetzt wiederum von Billigkeitsrücksichten getragene Erwägungen, die ein weiteres Bestehen jener Kondiktio zu Gunsten der vorleistenden Partei, der nunmehr eine Klage auf Erfüllung gegeben war, angesichts der weit ungünstigeren, unsicheren Lage des Gegners als zweifelhaft erscheinen lassen. Wohl mag noch in der ersten Zeit nach Einführung der actio praescriptis verbis jene Kondiktio dem Vorleistenden weiterhin die Möglichkeit geboten haben, willkürlich vom Vertrag zurückzutreten, aber „dass ein solcher jeder Gerechtigkeit widerstrebender Zustand sich Jahrhunderte lang bis auf Justinians Zeit erhalten habe, muss so lange bestritten werden, als kein zwingender Beweis dafür vorliegt.“ [11] .

Als zweifellos dürfte es indes erscheinen, dass noch im justinianischen Recht bei Verzug der Gegenseite dem vorleistenden Teile ein Rückforderungsrecht gegeben war.

l 1 § 4 D. De rerum permutatione 19,4 Igitur ex altera parte traditione facta si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus ut res tradita nobis reddatur, sed in id quod interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit: sed ut res contra nobis reddatur, condictioni locus est quasi re non secuta.

Der Jurist lässt hier demjenigen, von dessen Seite bereits die Sache übergeben ist, falls der Gegner nicht

11) Bendixen a. a. O. S. 11.

ebenfalls zur Übergabe schreiten will, die Wahl, auf das Interesse wegen Nichtempfangs der Sache zu klagen oder die ihm zustehende Kondiktio auf Rückgabe der seinerseits gemachten Leistung geltend zu machen. Die weiteren Digestenstellen, die zum Beweise für das Bestehen eines unbedingten Reurechts zu Justinians Zeit herangezogen werden, erwähnen allerdings eine willkürliche Kondiktionsbefugnis:

l 3 § 2 D. De condictione causa data causa non secuta 12,4 . . . si me paeniteat, condicere possum;

l 5 pr § 1 eodem

. . . cum liceat paenitere ei, qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est . . .

. . . si paenituerit eum, qui tradiderit . . . actio propter paenitentiam competit ei, qui dedit

sie sind aber nicht beweiskräftig, da sie, wie Gradenwitz nachgewiesen hat, interpoliert sind.[12]

Im gemeinen Recht vollends muss das Vorhandensein eines Reurechts schlechthin geleugnet werden. Die Natur derjenigen Verträge, die im römischen Recht in der Gestalt von Innominatkontrakten klagbar waren, kann für das nachjustinianische Recht keine Bedeutung mehr haben. Als Kausa der Verpflichtung wird nach dem im Kreise deutscher Juristen unbestrittenen Rechtssatz der Konsens anerkannt. Es schwindet die Unterscheidung von contractus und pacta; das formlose pactum ist klagbar geworden. Die Besonderheiten, die gerade für den Innominatkontrakt galten, fallen weg. Wer aus einem Innominatkontrakt vorleistet, tut

12) Gradenwitz a. a. O. S. 146 fl. Vgl. auch die Ausführungen in Pernice's „Antistius Labeo" III S. 262

es nicht mehr contrahendi causa, sondern solvendi causa. Die Innominatkontrakte werden bezüglich ihrer rechtlichen Behandlung zu Konsensualverträgen; und wie es für denjenigen, der aus einem Konsensualkontrakt vorleistet, keine condictio causa data causa non secuta gibt, so ist auch eine solche nicht mehr für die aus einem dem Konsensualvertrag rechtlich völlig gleichbehandelten Innominatkontrakt vorleistende Partei begründet, wer geleistet hat, kann grundsätzlich nur auf Erfüllung bestehen. Für das gemeine Recht hat das Reurecht, das jus poenitendi, keine praktische, vielmehr nur mehr eine historische Bedeutung.[13]

b. Bei den Konsensualkontrakten.

§ 6.

αα. Im Allgemeinen.

Auf dem Gebiete der Konsensualkontrakte, der zweiten Gruppe von Verträgen, die eine synallagmatische Natur annehmen können, wie z. B. Kauf und Miete, finden wir den oben ausgesprochenen für das römisch-gemeine Recht massgebenden Grundsatz einer dem gegenseitigen Vertrag entspringenden Gebundenheit beider Parteien, abgesehen von zwei unten zu behandelnden Ausnahmen, konsequent durchgeführt, gerechtfertigt durch die juristische Konstruktion jener Verträge. Wie bereits im Vorhergehenden angedeutet, bildet bei

13) Glück a. a. O. IV. S. 294, 295; Vangerow III S. 243, 244; Windscheid II S. 303, Anm. 11, 12; Sintenis a. a. O. II, S. 531, Anm. 62, S. 532 Anm. 64; Dernburg, Pandekten II S. 21; Erxleben a. a. O. S. 464 fl.

den Konsensualkontrakten nicht eine bestimmt vorgeschriebene äussere Form den verpflichtenden Rechtsgrund, sondern die unter den Parteien zu stande gekommene, auf einen bestimmten Erfolg gerichtete Einigung. Wer auf Grund eines solchen Vertrages vorleistete, der tat es nicht contrahendi, sondern solvendi causa, nämlich um seiner durch die vertragsmässige Einigung geschaffenen rechtlichen Verpflichtung nachzukommen. Blieb nun die Gegenleistung aus, so wirkte dieser Umstand nicht auf die verpflichtende Vertragskausa zurück, das Rechtsverhältnis wurde dadurch keinesfalls erschüttert, geschweige denn der vorleistenden Partei die Möglichkeit gegeben, die ihrerseits bewirkte Leistung zurückzufordern und damit vom Vertrage zurückzutreten. Der Gegner besass die Leistung durchaus nicht sine causa. Der vorleistende Teil war lediglich auf die Erfüllungsklage angewiesen, ein Rückforderungsrecht war für ihn ausgeschlossen.[14] [15] Dieses Prinzip sprechen auf mehrere kaiserliche Konstitutionen aus:

l 8. C. De contrahenda emptione et venditione 4,38: Si non donationis causa, ced vere vineas distraxisti, nec pretium numeratum est, actio tibi pretii, non eorum, quae dedisti, repetitio competit, dgl.

14) Windscheid II S. 301 fl., ferner daselbst Anm. 9 und 10; Dernburg a. a. O. II S. 56 fl.; Römer in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 19 S. 123 fl.; insbesondere S. 124.

15) War noch von keiner Seite etwas geleistet, so konnte jeder Kontrahent einer etwaigen Erfüllungsklage mit der exceptio non adimpleti contractus entgegentreten.

l. 6. C. De actionibus empti et venditi 4,49

Venditi actio, si non ab initio aliud convenit non facile ad rescindendam perfectam venditionem, sed ad pretium exigendum competit u. a.

Windscheid vertritt in unserer Frage eine mit der herrschenden Meinung sich nicht deckende Ansicht. Er will ein gesetzliches Rückforderungs- und damit ein Rücktrittsrecht für den aus einem Konsensualkontrakt Vorleistenden dann begründet sehen, „wenn er in der Erwartung erfolgender Leistung geleistet hat und zugleich bei seiner Leistung in erkennbarer Weise hervorgetreten ist, dass diese Erwartung die Voraussetzung seiner Leistung bilde." Die Worte „in der Erwartung erfolgender Gegenleistung" interpretiert er näher dahin, „in der Erwartung, dass die Gegenleistung erfolgen werde, ohne dass es nötig sei, sie auf gerichtlichem Wege zu erzwingen." Für diesen Fall soll dem Leistenden die condictio ob causam datorum zustehen, „weil er nicht geleistet habe um seiner Verpflichtung willen, von der er wusste, dass er sie nicht zu erfüllen brauche — er hatte die exceptio non adimpleti contractus —, sondern in der Tat um der Gegenleistung willen."[16] Windscheid giebt selbst zu, dass die Aufstellung dieses Satzes mit der herrschenden Lehre im Widerspruch steht. Es lässt sich, abgesehen davon, dass er mit der oben näher beleuchteten Konstruktion der Konsensualverträge unvereinbar ist, insbesondere dagegen geltend machen, dass vom Standpunkt der Praxis aus die Statuierung jenes Ausnahmesatzes nur von geringer Bedeutung sein konnte. Schwierig

16) Windscheid II S. 302 und Anm. 10a daselbst.

wird stets die Frage geblieben sein, ob beim Bewirken der Leistung erkennbar war, dass man nicht leiste, um seine vertragsmässig begründete Verbindlichkeit zu erfüllen, vielmehr lediglich in jener Erwartung, und dass gerade dieses Moment die eigentliche Kausa der Leistung bilde. Dernburg steht daher auch auf dem von der herrschenden Meinung vertretenen Standpunkt, er spricht von „Distinktionen, die im praktischen Leben keinen Boden finden."[17] Hanausek streift ebenfalls diese Frage, glaubt sich aber, da Windscheid keine diesbezüglichen Quellenstellen anzuführen im stande ist, der herrschenden Meinung anschliessen zu sollen.[18]

§ 7.

33. Bei der mora debitoris.

Schliessen wir uns der herrschenden Meinung an, so kann insbesondere auch nicht beim Leistungsverzug des einen Kontrahenten für den anderen Teil ein Recht, vom Vertrage zurückzutreten, gegeben sein. Der nichtsäumige Teil kann vielmehr nur einen Anspruch auf das Interesse geltend machen. Die Interesseleistung bildet alsdann ein Surrogat der Erfüllung.[19]

l 114 D. De verborum obligationibus 45,1.
Si fundum certo die praestari stipuler et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur,

17) Dernburg a. a. O. II S. 62 und Anm. 8 daselbst.
18) Hanausek a. a. O. II S. 218, 219, 221.
19) Windscheid II S. 131; Römer a. a. O. S. 123 fl. insbesondere S. 129 Anm. 8 und S. 132, 133.

consecuturum me, quanti mea intersit moram facti non esse.

Dieser Interesseanspruch kann jedoch eine doppelte Gestalt annehmen, jenachdem die nachträgliche Erfüllung für den nichtsäumigen Teil noch von Wert ist oder nicht.

1. Im ersteren Fall ist ihm an der Erfüllung immerhin noch gelegen. Sein Interesse geht aber nunmehr über die blosse Erfüllung hinaus. Damit gewinnt er neben dem Anspruch auf Erfüllung auch noch einen solchen auf Ersatz des Schadens, den er durch das vertragswidrige Verhalten des Gegners erlitten hat.

2. Es kann aber auch infolge des Verzugs die nachträgliche Erfüllung jeden Wert für den nichtsäumigen Kontrahenten verloren haben. Dann kann sein Interesse sicher nicht mehr in der Erfüllung bestehen. Er braucht sich die nachträgliche Erfüllungsleistung durchaus nicht aufdrängen zu lassen, — er kann vielmehr unter Zurückweisung der verspäteten, für ihn nutzlos gewordenen Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen.[20] l 10 C. De actionibus emti et vendite 4,49.

Cum venditorem carnis, fide conventionis rupta, tempore pacito hanc non exhibuisse proponas, ex emto actione eum, quanti interest tua, tunc tibi praestitam fuisse, apud praesidem provinciae convenire potes.

ferner insbesondere:

l 24 § 2.4 D. Locati conducti 19,2.

20) Windscheid II S. 131 Anm. 1; Mommsen a. a. O. III S. 257, 258; Pauli im neuen Archiv für Handelsrecht Bd. III S. 123, 124, 127, 128.

Weiter ist das gemeine Recht nicht gegangen.

Gehen wir näher auf den Fall z. 2 ein.

Was die Voraussetzungen angeht, unter welchen jene Ablehnungsbefugnis, verbunden mit einem Schadensersatzanspruch, dem nichtsäumigen Teil eingeräumt wird, so muss die nachträgliche Erfüllung von seinem Standpunkte aus für ihn völlig nutzlos geworden sein entweder unmittelbar, oder aber aus dem Grunde, weil er für das Bedürfnis, dessen Befriedigung Gegenstand der Obligation gewesen ist, anderweitig gesorgt hat.[21] Es mag ja immerhin, rein objektiv betrachtet, die Leistung ihren Wert als solchen nicht verloren haben; untergebens wird jedoch die subjektive Beziehung des nichtsäumigen Teils zu ihr massgebend sein müssen. Zudem muss eine Konnexität zwischen dem Wegfall des Interesses und dem Verzug der säumigen Partei bestehen. Hatte die Leistung von vornherein keinen Wert für den nichtsäumigen Teil, so ist ihm auch nicht die Möglichkeit gegeben, sich unter Berufung auf die Mora des Gegners der unliebsamen Leistung zu entledigen.[22]

Unter den angegebenen Voraussetzungen kann also der nichtsäumige Teil die nachträglich angebotene Leistung zurückweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Er hat jedoch nur eine Zurückweisungsbefugnis, kein echtes Rücktrittsrecht. Lehnt er ab, so wird dadurch der Vertrag an sich in seinem

---

21) Vgl. die unten S. 35 cit. Entsch. des OG. Wolfenbüttel.

22) Vgl. Regelsberger im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 50 S. 28—30.

rechtlichen Bestande nicht berührt, er bildet hingegen die Grundlage für den mit dem Zurückweisungsrecht verbundenen Schadensersatzanspruch. Wie bereits im allgemeinen Teil ausgeführt, können Rücktritt und Ablehnung der Leistung nicht identifiziert werden.[23]

Es kann ja, rein faktisch und äusserlich betrachtet, durch Zurückweisung der Gegenleistung ein Zustand geschaffen werden, gleich der Lage, die bei Ausübung des Rücktritts und der dadurch vermittelten Auflösung des Vertrags eintritt. Hat der nichtsäumige Teil auch seinerseits noch nicht geleistet, so wird er, wenn er die durch den Verzug für ihn nutzlos gewordene Leistung, die er nicht mehr anzunehmen braucht, zurückweist, einer von der Gegenseite gegen ihn gerichteten Erfüllungsklage mit der exceptio non adimpleti contractus entgegen treten können.[24] Es ist somit dem säumigen Teil keine Möglichkeit gegeben, sich in den Besitz der vereinbarten Gegenleistung zu setzen, eine Situation geschaffen, wie wenn kein Vertrag da wäre. Aber auch wenn der vertragstreue Teil die ihm obliegende Leistung bereits bewirkt hat, gelangen wir zu einem äusserlich gleichen Resultat, wie bei Auflösung des Kontrakts. Sein Interesse, das er neben der Zurückweisung der verspäteten Leistung geltend macht, kann beispielsweise in einer angemessenen Geldentschädigung bestehen, ist aber, wie Mommsen ausführt, im Zweifel gleich der Restitution der eigenen Leistung.[25] Da nämlich bei einem gegenseitigen Vertrage die

23) Vgl. S. 19 fl.
24) Vgl. Anm. 15.
25) Mommsen a. a. O. II S. 26.

beiderseitigen Leistungen im allgemeinen gleich bemessen sind, so kommt der Wert der einen Leistung im Zweifel dem der anderen gleich und könnte das Interesse der nichtsäumigen Partei genügend gewahrt sein, wenn ihr die ihrerseits bewirkte Leistung restituiert würde. Einer diesbezüglichen Klage könnte stattgegeben werden. Alsdann erhielte aber der nichtsäumige Teil seine Leistung nicht als solche zurück, — dies würde die Ungültigkeit des Vertrages zur Voraussetzung haben, dieser wird jedoch durch die Mora des Gegners in seinem rechtlichen Bestande nicht beeinflusst —, vielmehr erscheint die Naturalrestitution als eine mit Rücksicht auf seinen Interesseanspruch geleistete Entschädigung. In beiden Fällen bleibt das Vertragsverhältnis unberührt, wenn auch, rein äusserlich betrachtet, Resultate infolge der Zurückweisung eintreten können, die den Vertrag als aufgelöst erscheinen lassen, in Wirklichkeit aber aus der allgemeinen Natur der synallagmatischen Verträge und dem Rechte des nichtsäumigen Kontrahenten, von dem im Verzuge befindlichen Gegner sein Interesse zu fordern, sich ergeben.[26]

Schliesslich soll noch auf einige Entscheidungen höchster Gerichtshöfe verwiesen werden, die die hier behandelte Materie betreffen. Beispielsweise heisst es in einem Erkenntnis des OG. Wolfenbüttel vom 23. März 1877:

„ . . . . Die Richtigkeit der Entscheidung folgt aus dem Grundsatz, dass der säumige Schuldner dem Gläubiger das Interesse zu ersetzen hat, welches unter Umständen darin bestehen kann, dass der Gläubiger

26) Mommsen III S. 258.

die Naturalleistung zurückweisen und statt derselben Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen darf, dies nämlich dann, wenn ihm die wirkliche Leistung einen Nutzen nicht mehr gewährt, sei es, dass der Zweck der Obligation durch die Säumnis vereitelt ist, oder weil er für das Bedürfnis, dessen Befriedigung dem Schuldner oblag, schon selbst gesorgt hat."[27]

Eine ähnliche Entscheidung hat auch das Reichsgericht getroffen:

„ . . . . Es waltet kein Bedenken darüber ob, dass unter den gegebenen Verhältnissen, also bei Lieferung von Sand, welcher zum Eisenbahnbau im Sommer 1876 verwendet werden sollte, Kläger berechtigt war, im Oktober jenes Jahres wegen der bis dahin nicht geschehenen Erfüllung vom Vertrage zurückzutreten.[28] Eine spätere Erfüllung hatte für ihn keinen Vorteil; er durfte also sein Interesse wegen Nichterfüllung beanspruchen."[29]

So hat denn auch in der Praxis jener Grundsatz Boden gewonnen, dass der Leistungsverzug des einen Teils dem andern, wenn auch nicht ein Recht zum Rücktritt im technischen Sinne, so doch das Recht gegeben hat, die verspätete nutzlose Leistung zurück-

27) Seufferts Archiv XXXIII Nr. 123. Vgl. ferner daselbst XXXI Nr. 126 und XXXV Nr. 14.

28) Wenn das Reichsgericht von einem „Zurücktreten vom Vertrage" spricht, so müssen, da in der angezogenen Entscheidung dem Kläger ein Interesseanspruch wegen Nichterfüllung eingeräumt wird, ein solcher aber ein „Zurücktreten" im technischen Sinn ausschliesst, jene Worte dahin interpretiert werden, dass der Kläger die verspätete Lieferung „zurückzuweisen" berechtigt war.

29) Entsch. des Reichsgerichts Bd. 4 Nr. 52.

zuweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern.

§ 8

Fortsetzung.

Es hat allerdings nicht an Schriftstellern, wenigstens in der älteren Litteratur, gefehlt, die unter Hinweis auf gewisse Stellen in den Digesten und dem Kodex den Satz aufgestellt haben, dass die Mora debitoris für den nichtsäumigen Gegner ein wirkliches Rücktrittsrecht begründe. v. Wening-Ingenheim[30] beruft sich auf l 24 § 4 D. Locati conducti 19,2:

> Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur: nec enim semper liberabitur dominus eo, quod secundo vel tertio anno patietur fundo frui. Nam et qui expulsus a conductione in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus neque ipse pensionum nomine obligatus erit et quantum per singulos annos compendii facturus erat, consequetur; sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest; quod si paucis diebus prohibuit, deinde paenitentiam agit onmiaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet.

Hiernach steht dem Pächter, wenn der Verpächter die Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung, dem

30) v. Wening-Ingenheim a. a. O. II S. 154, 181.

Pächter das Grundstück zur Benutzung zu überlassen, verzögert, das Recht zu, sein Interesse, das er an der fünfjährigen Benutzung des Grundstücks hat, sofort einzuklagen, wenn die nachträgliche Einräumung des Grundstücks keinen Wert mehr für ihn hat. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn er einen neuen Pachtkontrakt eingegangen hat. Von der Zahlung des Pachtzinses aus dem ersten Pachtvertrag wird er frei, aber nicht etwa aus dem Grunde, weil der Vertrag aufgelöst wäre, vielmehr lediglich aus der Erwägung, dass der Klage des säumigen Verpächters auf Zahlung des Pachtzinses die exceptio non adimpleti contractus entgegengehalten werden könnte. Der Vertrag bleibt unberührt, steht doch dem Pächter das Recht zu, auf das Interesse zu klagen, „ein Anspruch, der jedenfalls nicht rechtlich begründet sein würde, wenn dem Pächter das Recht einseitigen Rücktritts und somit die Beendigung des Vertrages zugestanden hätte."[31]

Diese Pandektenstelle bildet im Gegenteil einen Beleg für die hier vertretene Ansicht: der Pächter kann die verspätete, für ihn nach Eingehung des neuen Pachtvertrags nutzlos gewordene Überlassung des Grundstücks zurückweisen und das Interesse einklagen.[32]

Den gleichen Standpunkt wie v. Wening-Ingenheim vertreten Glück[33] und Thibaut.[34] Glück verweist zur Begründung seiner Ansicht auf
I 56 D. De contrahenda emptione 18,1

31) v. Madai a. a. O. S. 392 fl.
32) Vgl. Windscheid II. S. 131 Anm. 1.
33) Glück a. a. O. IV. S. 417.
34) Thibaut a. a. O. I S. 83.

Si quis sub hoc pacto vendiderit ancillam, ne prostituatur et, si contra factum esset, uti liceret ei abducere, etsi per plures emtores mancipium cucurrerit, ei qui primo vendit abducendi potestas fit.

Eine Sklavin wird unter der Bedingung verkauft, dass sie nicht preisgegeben werde, der Verkäufer soll sie wiedererhalten, wenn es, der Vereinbarung entgegen, doch geschehen sollte. Der Jurist entscheidet, dass, wenn die Sklavin preisgegeben würde, sie wieder in den Besitz des ersten Verkäufers gelangen kann, jedoch lediglich aus dem Grunde, weil ein diesbezüglicher Vorbehalt zu Gunsten des Verkäufers beim Abschluss des Kaufkontrakts getroffen war; von Verzug ist indes keine Rede, die Stelle demnach für unsere Frage indifferent.

Ferner bezieht sich Glück auf

l 6 D. De lege commissoria 18,3.

De lege commissoria interrogatus ita respondit si per emptorem factum sit, quominus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemptos fore et id, quod arrae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum

und l. 6. C. De pactis inter emptorem et venditorem compositis 4,54.

Cum te fundum tuum, certae rei contemplatione inter vos habita, exiguo pretio in alium transtulisse commemoras, poterit tibi ea res non esse fraudi: quando non impleta promissi fide dominii tui jus in suam causam re-

verti conveniat. Et ideo aditus competens judex fundum, cujus mentionem facis, restitui tibi cum fructibus suis sine ulla ludificatione sua auctoritate perficiet, praecipue cum et diversa pars receptis nummis suis nullam passa videri possit injuriam.

In beiden Fällen handelt es sich um den Verkauf von Grundstücken bzw. eines Grundstücks. Der Vertrag kommt mit rückwirkender Kraft zur Auflösung, nicht aber ist die Aufhebung desselben auf die debitorische Mora als solche zurückzuführen, stellt sich vielmehr im ersteren Fall als Folge der mit dem Kaufkontrakt verbundenen lex commissoria dar; in dem letztern erklärt sich die Auflösung aus der dem Vertrag beigefügten Resolutivbedingung.

Thibaut[35] schliesslich stützt sich auf

l. 135 § 2 D. De verborum obligationibus 45,1. Seja cavit Lucio Titio, quod mandante eo hortos emisset, cum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturam: deinde in continenti inter utrumque convenit, ut inter kalendas Apriles primas universam summam mandator nummeraret et hortos acciperet. Quaeritur, cum ante kalendas Apriles non onme pretium cum usuris a Lucio Titio Sejae solutum sit, interposito tamen modico tempore reliquum pretium cum usuris Sejae Titius sol-

35) Siehe Anm. 34 S. 38

vere paratus fuerit neque Seja accipere voluitet usque in hodiernum per Titium non stet, quominus reliquum solveret, an nihilo minus Lucius Titius, si Sejae universam pecuniam solvere paratus sit, ex stipulatu agere possit; respondit, posse, sie non multo post optulisset nec mulieris quicquam propter eam moram interesset: quod omne ad judicis cognitionem remittendum est.

Dem Lucius Titius wird die actio ex stipulatu für den Fall gegeben, dass die Seja durch die nicht pünktliche Zahlung des Titius einen weiteren Nachteil nicht erlitten hat, eine den Grundsätzen von Treu und Glaube entsprechende Entscheidung. Diesen Fall ausgeschieden, kann Titius mit jener Klage gegen Seja nicht vorgehen, aber nicht etwa deshalb, weil die Stipulation infolge seines Verzugs hinfällig geworden wäre; wir müssen vielmehr so konstruieren: Seja hat die Herausgabe der Gärten an Titius unter der Bedingung versprochen, dass dieser am ersten April den gesamten Kaufpreis mit Zinsen an sie zahlte. Dies ist indes nicht geschehen, und damit die unter jener Suspensivbedingung eingegangene Stipulation weggefallen.

Wir mussten also alle Stellen, die von den genannten Schriftstellern zum Nachweis für ein durch debitorische Mora begründetes wirkliches Rücktrittsrecht herangezogen sind, als nicht beweiskräftig verwerfen.

§ 9.

γγ) Besondere Fälle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts beim Kauf.

Zwei Fälle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts finden wir im römisch-gemeinen Recht beim Kaufvertrag: die actio redhibitoria [36] und das Recht auf Reszission bei laesio enormis [37]

Mit der actio redhibitoria konnte der Käufer, wenn die gekaufte Sache mit Mängeln behaftet war oder ihr die zugesagten Eigenschaften fehlten, die Rückgängigmachung des Kaufes herbeiführen. Dieser wurde alsdann mit rückwirkender Kraft aufgelöst, der Verkäufer musste den empfangenen Kaufpreis samt Zinsen an den Käufer zurückzahlen, dieser die gekaufte Sache mit Zubehör und Früchten an den Verkäufer zurückerstatten, kurz es wurde ein Zustand geschaffen, wie wenn der Kauf überhaupt nicht abgeschlossen worden wäre.

l 23 § 1. 7 D. De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris 21,1:

§ 1 Jubent aediles restitui et quod venditioni accessit et si quas accessiones ipse praestiterit, ut uterque resoluta emptione nihil amplius consequatur, quam non haberet, si venditio facta non esset.

§ 7 Julianus ait, judicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem quodammodo in integrum restituere debere.

36) Windscheid II S. 665; Dernburg a. a. O. II S. 279 l.
37) Windscheid II S. 665 fl.; Dernburg a. a. O. II S. 284.

Zu einem gleichen Ergebnis führte die Anfechtung des Kaufvertrags bei laesio enormis, nämlich dann, wenn der vereinbarte Kaufpreis nicht einmal die Hälfte des gemeinen Wertes der Kaufsache erreichte. Durch Richterspruch wurde der Kontrakt mit rückwirkender Kraft aufgehoben. Jenes Anfechtungsrecht des Verkäufers beruhte auf einem Reskript der Kaiser Diocletian und Maximian; der Verkäufer sollte im wirtschaftlichen Interesse nicht in solch empfindlicher Weise geschädigt werden, zumal nicht, wenn er, durch durch die Not dazu veranlasst, Gegenstände zu Schleuderpreisen verkaufen musste.

l 2 C. De rescindenda venditione 4 44.

> Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxerit, humanum est, ut vel, pretium te restituente emtoribus, fundum venditum recipias, auctoritate judicis intercedente, vel, si emptor elegerit quod deest justo pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.

In der Praxis wurde dieses Recht des Verkäufers auf Reszission auf allé gegenseitigen Verträge ausgedehnt, - ja auch dem übervorteilten Käufer eingeräumt.

§ 10.

b) Das gesetzliche Rücktrittsrecht im PrALR., im Code civil und im alten HGB.

Das PrALR. folgt prinzipiell dem gemeinrechtlichen, streng durchgeführten Grundsatz, dass, wenn bei

einem gegenseitigen Vertrag der eine Kontrahent seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, dieser Umstand für den andern Teil kein Rücktrittsrecht begründet, er vielmehr lediglich darauf angewiesen ist, auf Erfüllung bezw. auf das Interesse zu klagen. Diese Tendenz spricht das ALR. dahin aus:[38]

„Die von der einen Seite geweigerte oder nicht gehörig geleistete Erfüllung des Vertrags berechtigt den anderen in der Regel noch nicht, von dem Vertrag selbst wieder abzugehen.

Vielmehr steht ihm nur frei, den Gegenteil zu der versprochenen Erfüllung und zu der nach den Gesetzen ihm zukommenden Entschädigung durch den Richter anzuhalten." Dieser Regelsatz wird indes, der das PrALR. charakterisierenden Kasuistik entsprechend, oft durch Statuierung eines Rücktrittsrechts in bestimmten Fällen durchbrochen z. B. beim Kauf beweglicher Sachen unter 50 Taler,[39] insbesondere auch beim Leistungsverzug des Schuldners.[40]

Den entgegengesetzten Standpunkt finden wir im französischen Recht vertreten. Kommt nämlich bei einem synallagmatischen Vertrag der eine Kontrahent seiner kontraktlich begründeten Verpflichtung nicht nach, so kann ohne weiteres die andere Partei im Wege der gerichtlichen Klage den Vertrag zur Auflösung bringen, es ist mit anderen Worten in jedem gegenseitigen Vertrag kraft Gesetzes eine still-

38) I,5 §§ 393, 394.

39) Vgl. Allgem. LR. I. 5. §§ 396 fl., I. 11 §§ 232 fl., 877 fl., 938, 1001 u. a.

40) Motive II S. 210.

schweigende Rücktrittsklausel, eine sog. lex commissoria tacita in dem Sinne enthalten, dass der vertragstreue Teil bei nicht rechtzeitiger oder nicht gehöriger Erfüllung auf gerichtliche Aufhebung des Vertrags antragen kann,[41] Art. 1184 I des Code civil lautet:

> „La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas, ou l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement."

Auffallend und der juristischen Logik widersprechend ist die dem vertragstreuen Teil eingeräumte Möglichkeit, nach Aufhebung des Vertrags noch völlige Schadloshaltung vom Gegner beanspruchen zu können was doch gerade den Bestand des Vertrags zur Voraussetzung hat.

Art. 354 des alten HGB. gewährt für den Fall, dass der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge und die Ware noch nicht übergeben ist, dem Verkäufer das Recht, „von dem Vertrage abzugehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre." Das gleiche Recht steht auf Grund des Art. 355 dem Käufer zu, wenn der Verkäufer in Lieferungsverzug geraten ist.[42] Über die Folgen im einzelnen, die sich an die Ausübung jenes Rechts knüpfen, schweigt das Gesetz, es blieb diese Frage der Praxis und Doktrin überlassen. Einen Nachweis dafür, dass die verpätete Leistung für ihn nutzlos geworden sei, hatte der Berechtigte nicht zu erbringen.

41) Zachariae-Crome a. a. O. II S, 264, 265.
42) Cosack, Lehrb. d. H. R. S. 201, 202.

Indem somit das HGB. die gemeinrechtliche Doktrin hinsichtlich der gegenseitigen Verträge, die auch im PrALR. Aufnahme gefunden hatte, stark modifizierte und auf der andern Seite das Extrem des französischen Rechts vermied, hat es eine den Bedürfnissen des Handelsverkehrs, der eine schleunige Abwickelung der Geschäfte fordert, entsprechende Regelung des gesetzlichen Rücktrittsrechts geschaffen, die für das neue BGB. vorbildlich werden sollte.

2. Das gesetzliche Rücktrittsrecht im BGB.

§ 11.

a) Der Standpunkt des ersten Entwurfs.

Den Abschluss in der Entwickelung des gesetzlichen Rücktrittsrechts auf dem Gebiete der gegenseitigen Verträge bildet die Regelung, welche diese Materie im BGB. gefunden hat. Wenn dieses auch grundsätzlich der gemeinrechtlichen Doktrin von der strengen und auch durch vertragswidriges Verhalten des Gegners nicht schlechthin lösbaren Gebundenheit beider Parteien folgt, so normiert es doch Ausnahmen, die den Forderungen des heutigen Verkehrslebens gerecht werden.

Der I. Entwurf des BGB. drang noch nicht zu der heutigen Rechtslage durch. Er spricht im § 360 das Prinzip aus:

„Erfüllt der eine Vertragschliessende seine Verbindlichkeit nicht, so ist der andere nicht berechtigt, einseitig von dem Vertrage abzugehen, wenn nicht durch Gesetz oder Vereinbarung ein Anderes bestimmt ist.“

Trifft also das Letztere zu, so bedeutet dies dem Regelsatz gegenüber einen Ausnahmefall. Die II Kommission strich indes den § 360 wieder. Der Inhalt dieses Paragraphen erschien der Kommission für an sich selbstverständlich und glaubte dieselbe, dass mit Rücksicht auf die Bestimmungen über die Zulässigkeit des Rücktritts in gewissen Fällen die durch den § 360 ausgesprochene Regel leicht ersichtlich sei.

Was nun die Fälle angeht, in denen der Entwurf ein Rücktrittsrecht zulässt, so liegt diesen das gemeinsame Prinzip zu Grunde, dass der Rücktritt in concreto durch das Interesse des Gläubigers gerechtfertigt sein muss. Dies wird beim Fixgeschäft (§ 361), sowie bei totaler und fiktiver Unmöglichkeit (§ 369 I, S. 1 und II) schlechthin angenommen, in den übrigen Fällen dagegen, bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung (§ 369 I, S. 2) und bei Verzug des Schuldners, (§ 369 II) ist die Ausübung des Rücktrittsrechts davon abhängig gemacht, dass der Gläubiger an dem noch möglichen Teil der Leistung bzw. der verzögerten Leistung kein Interesse mehr hat und er den Nachweis hierfür erbringt.[43]

§ 12.

b. Das gesetzliche Rücktrittsrecht im BGB. bei Unmöglichkeit und bei Verzug.

1. Das Rücktrittsrecht bei totaler Unmöglichkeit.

Das BGB. bestimmt im § 325 I S. 1:

„Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung in Folge

43) Vgl. Motive II S. 210.

eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich, so kann der andere Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten."

Dann heisst es weiter in Satz 3:

„Statt des Anspruchs auf Schadensersatz und des Rücktrittsrechts kann er auch die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend machen."

Es wird hiermit die Vorschrift des § 280 I.:

„Soweit die Leistung in Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen," — eine Bestimmung, welche allgemein für Schuldverhältnisse gilt, auf gegenseitige Verträge analog ausgedehnt; es treten aber zugunsten des Gläubigers neben den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung noch weitere Rechte hinzu: das Rücktrittsrecht und die im § 323 vorgesehenen Rechte.

Als Voraussetzung für die Geltendmachung der erwähnten Rechte wird eine nachträglich eintretende Unmöglichkeit gefordert, die auf einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand zurückzuführen ist. Dem Gläubiger werden aber jene Rechte nicht bloss bei der nachträglich eintretenden objektiven, sondern auch, — soweit nicht Gattungssachen inbetracht kommen, — bei der nachträglichen subjektiven Unmöglichkeit zustehen.[44] Einmal ist dies schon aus dem Grunde anzunehmen, weil das BGB. im § 275 II die nachträglich eintretende

44) Littmann, a. a. O. S. 40.

subjektive Unmöglichkeit, das schuldnerische Unvermögen, der nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden objektiven Unmöglichkeit, der Unmöglichkeit schlechthin, in ihren Wirkungen gleichstellt. Ferner spricht für jene Auffassung auch die Erwägung, dass der Schuldner bei nachträglich eintretendem Unvermögen nicht besser gestellt sein darf, wie bei wahrer Unmöglichkeit.[45]

Der Gläubiger hat die Wahl zwischen den verschiedenen Rechten. Um insbesondere die juristische Natur des Rücktrittsrechtes hervorzuheben, ist auf die charakteristischen Merkmale der zur Wahl gestellten Rechte einzugehen und ihr gegenseitiges Verhältnis zu einander zu beleuchten. Durch diese Gegenüberstellung wird Zweck und Wert des Rücktrittsrechts erst klar werden. Zunächst hat der Gläubiger das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung von dem leistungspflichtigen Teil zu verlangen.[46] Der Zweck des Vertrags war seine Erfüllung als solche, das Bewirken der von Haus aus geschuldeten Leistung. Diese ist unmöglich geworden. Wenn nun der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, so fordert er damit ein Äquivalent, das an die Stelle der ursprünglich geschuldeten, nun aber kulpos unmöglich gewordenen Leistung tritt. Der Schadensersatz ist lediglich Surrogat für die Leistung des schuldigen Teils. Im übrigen bleibt der gegenseitige Vertrag

45) Örtmann, a. a. O. S. 72.

46) Planck II S. 101; Matthiass a. a. O. I S. 354; Endemann I S. 538; Dernburg, bürgerliches Recht II S. 210; Schollmeyer a. a. O. S. 203, 204; Cosack, bürgerliches Recht I S. 336; Kaufmann II S. 160, 169; Kisch a. a. O. S. 121 fl.

seinem ganzen Inhalt nach unverändert bestehen. Dass die Erfüllungsleistung unmöglich geworden ist, wirkt auf den Vertrag als solchen nicht ein. Bleibt aber der Vertrag in Wirksamkeit, so folgt hieraus weiter, dass der Gläubiger, falls er noch nicht geleistet hat, seinerseits zur Gegenleistung verpflichtet bleibt, und, wenn er bereits die ihm obliegende Leistung bewirkt hat, diese nicht zurückfordern kann, sein Gegner ist ja nicht um dieselbe ungerechtfertigt bereichert. Der Schadensersatz ist Zug um Zug gegen die Gegenleistung zu bewirken; der Klage auf Schadensersatz kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegengesetzt werden. Besteht der Schadensersatz und die Gegenleistung in Geld, so findet eine Aufrechnung statt und nur der überschiessende Betrag kann vom Gläubiger als Schadensersatz beansprucht werden.[47]

Nicht ist m. E. Cosack beizustimmen. Nach einen Ausführungen (vgl. Anm. 47) braucht der Gläubiger, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, die ihm obliegende Gegenleistung nicht zu bewirken, hat er sie indes bereits vollzogen, so kann er deren Rückgewähr nicht verlangen. Diese Ansicht

47) Übereinstimmend Planck II S. 101; Endemann S. 538 und Anm. 18 daselbst; Dernburg a. a. O. II S. 210, 211 Schollmeyer S. 203, 204; Kaufmann II S. 160, 169; Kisch S. 132—134. A. M. Cosack a. a. O. I S. 336, 337; dgl. Schöller n Gruchots Beiträgen Bd. 44 S. 612 fl.; Littmann S. 43 fl. Ihre Auffassung geht dahin: Der Schadensersatz tritt nicht an die Stelle der dem schuldigen Teil obliegenden Leistung, sondern ist Erfüllungssurrogat des ganzen gegenseitigen Vertrags. Die nicht schuldige Partei wird von ihrer Leistungspflicht befreit. Der Wegfall der einen Leistung zieht den der anderen nach sich. — Siehe oben im Text.

verträgt sich nicht mit der Natur des gegenseitigen Vertrages. Solange dieser zurecht besteht, erzwingt die Erfüllung des Schuldners die Erfüllung durch den Gläubiger, die Leistung des Schadensersatzes steht, wie oben gezeigt, der Erfüllung als solchen gleich Konsequenter Weise müsste Cosack, wenn er den. Gläubiger von seiner Gegenleistung befreit und damit die Auflösung des Vertrags infolge der Unmöglichkeit statuiert, ihm auch einen Rückforderungsanspruch einräumen, falls die Gegenleistung bereits bewirkt ist. Dann aber läge Rücktritt vor.

Gerade umgekehrt, wie bei der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs, gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Gläubiger das Rücktrittsrecht ausübt. Durch den Rücktritt wird der Vertrag ex tunc aufgelöst und die Parteien haben die etwa bewirkten Leistungen nach den unten zu behandelnden Vorschriften der §§ 346 fl. des bürgerlichen Gesetzbuchs einander zurückzugewähren.[48]

Schliesslich kann der Gläubiger die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend machen, da er im Falle der Verschuldung des Schuldners nicht schlechter gestellt sein kann, als im Falle der zufälligen Unmöglichkeit.[49] § 323 hebt die Folgen hervor, welche eintreten, wenn die dem einen Teil aus einem gegenseitigen Vertrag obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den weder

48) Planck II S. 101; Matthiass I S. 354; Endemann I S. 538; Dernburg II S. 210; Cosack I S. 337; Schollmeyer S. 204; Kaufmann II S. 160, 169.

49) Protokolle I S. 639.

er noch der andere Teil zu vertreten hat. Der Schuldner wird von seiner Leistung befreit, verliert aber auch den Anspruch auf die Gegenleistung. Der Gläubiger kann sich hierauf berufen und die Gegenleistung verweigern. Dies ist indes nicht dahin zu verstehen, dass die Befreiung des Gläubigers erst durch eine ausdrückliche diesbezügliche rechtsgeschäftliche Erklärung eintritt. Wenn § 325 sagt, dass der Gläubiger auch die Rechte des § 323 geltend machen könne, so will dies nichts weiter sagen, als dass er sich auf seine kraft Gesetzes eingetretene Befreiung berufen darf, keineswegs aber, dass er diese Befreiung erst noch durch besondere Willenserklärung herbeiführen muss.[50] Die Berufung auf § 323 I kommt dem Rücktritt sehr nahe. Der Unterschied zeigt sich hauptsächlich in der Rückgewähr der etwa bewirkten Leistungen. Bei Geltendmachung des im § 323 I vorgesehenen Rechtes kann die nicht geschuldete Gegenleistung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, beim Rücktritt nach den Vorschriften der §§ 346 fl. zurückgefordert werden. Es kann aber auch der Gläubiger bei dem Vertrage stehen bleiben und den für den geschuldeten, aber unmöglich gewordenen Gegenstand erlangten Ersatz oder die Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen. Beispielsweise im Falle der Zerstörung der geschuldeten Leistung durch einen Dritten entsteht ein Ersatzanspruch des Schuldners gegen diesen. In jenem Falle bleibt der Gläubiger zur Gegenleistung verpflichtet; doch hat er einen

50) Schöller a. a. O. Bd. 45 S. 524; Littmann S. 46.

Minderungsanspruch, sofern das Surrogat hinter der ursprünglich geschuldeten Leistung zurückbleibt.

Der Gläubiger hat die Wahl unter den im vorhergehenden erörterten Rechten. Er wird jedesmal dasjenige wählen, was ihm mit Rücksicht auf den konkreten Fall als das für ihn günstigste erscheint. Wenn der Gläubiger seinerseits geleistet hat und ihm an der Rückgewähr der eigenen Leistung liegt, so wird er den Rücktritt wählen Hat er beispielsweise ein Tauschgeschäft bezüglich zweier bestimmter Gegenstände geschlossen und geht die von dem anderen Teil geschuldete Spezies durch dessen Schuld unter, so wird dem Gläubiger, wenn er seine Sache gerade nur gegen die andere hingeben wollte, mit einem Schadensersatz nicht gedient sein. Er wird auch dann zum Rücktritt greifen, wenn der Schuldner nicht im Stande ist, den Schadensersatz zu leisten.[51]

Die einzelnen Rechte können indes nicht nebeneinander geltend gemacht werden, sie schliessen sich vielmehr einander aus.[52] Es kann der Gläubiger nicht vom Vertrage zurücktreten und daneben Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Denn der Schadensersatzanspruch setzt den Vertrag voraus, der erklärte Rücktritt bringt ihn zum Erlöschen. Ebensowenig ist auch neben dem Rücktritt die Geltendmachung eines Anspruchs auf das etwaige Surrogat der unmöglich gewordenen Leistung denkbar, das Surrogat verlangt der Gläubiger,

51) Kisch a. a. O. S. 157.

52) Planck II S. 102; Endemann I S. 538. Anm. 18 daselbst; Schollmeyer S. 205; Kaufmann II S. 161, 170; Kisch S. 151; Schöller a. a. O. Bd. 44 S. 606; Mot. II S. 210.

indem er sich auf den Vertrag stützt, und er bleibt seinerseits vorbehaltlich eines Minderungsanspruchs zur Gegenleistung verpflichtet. Macht der Gläubiger auf Grund des § 323 I geltend, dass der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung erloschen sei, so kann er keinen Schadensersatz mehr fordern; denn er beruft sich in diesem Falle gerade auf die Auflösung des Vertrags. Verlangt er nach § 323 II das Surrogat, so hat er nur einen etwaigen Minderungsanspruch; einen Schadensersatzanspruch hat das Gesetz nicht vorgesehen.

Wie die einzelnen Rechte mit Rücksicht auf ihre juristische Natur nicht nebeneinander geltend gemacht werden können, so ist auch für den Gläubiger, wenn er zu einem derselben gegriffen hat, die einmal getroffene Wahl bindend. Er hat kein jus variandi. Dies wird man ohne weiteres für die Wahl des Rücktritss annehmen müssen.[53] Hat der Gläubiger erklärt, er trete vom Vertrag zurück, so ist damit der Vertrag aufgelöst, und es ist nunmehr rechtlich nicht mehr möglich, dass der Gläubiger nachträglich unter Widerruf des Rücktritts Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder das Surrogat der untergegangenen Leistung verlangt. Die durch den Rücktritt herbeigeführte Aufhebung des Vertrags kann nicht durch blossen Widerruf wieder beseitigt werden; der Vertrag kann nicht wieder von neuem aufleben, um nunmehr die Grundlage für die Schadensersatz- bzw. Surrogatsforderung zu bilden. Das Gleiche gilt, wenn der der Gläubiger unter Berufung auf § 323 I dem Schuldner gegenüber geltend macht, dass er seinen Gegenanspruch

53) Kisch S. 158, 159.

verloren habe. Hier ist der Vertrag vom Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit an aufgehoben.[54] Wie aber, wenn der Gläubiger den Schadensersatz- bzw. Surrogatsanspruch wählt, sollte er hier, wo er doch bei dem Vertrage stehen bleibt, nicht noch nachträglich seine Wahl ändern und den Rücktritt erklären oder sich auf § 323 I berufen können? Man wird diese Möglichkeit nicht, wie im vorhergehenden Fall, als rechtlich ausgeschlossen erachten können, der Vertrag besteht ja noch zu recht; aber die Rücksicht auf Treu und Glauben lässt auch hier ein jus variandi nicht zu. Die Lage des Schuldners würde unbilligerweise verschlimmert werden; ihm bleibt ja in dem letzterwähnten Falle sein Gegenanspruch, er hat darauf vertraut, dass der Gläubiger seine Gegenleistung bewirken werde; wollte man hier dem Gläubiger ein jus variandi gestatten, so wäre er dem Schuldner gegenüber unverhältnismässig günstig gestellt.[55] Ein gesetzlicher Anhalt, der für oder gegen das jus variandi spräche, lässt sich nicht finden. Es können auch nicht die Vorschriften über alternative Schuldverhältnisse analog zur Anwendung kommen, da bei diesen mehrere „Leistungen" in der Weise geschuldet werden, dass nur die eine oder andere zu bewirken ist (§ 262), es

54) Schollmeyer S. 205.

55) Vgl. Schollmeyer S. 206. Er gestattet für den vorliegenden Fall, dass sich der Gläudiger noch nachträglich für den Rücktritt entscheidet, „soweit dies ohne Verstoss gegen Treu und Glauben angeht." Dies wird nur in den seltensten Fällen praktisch werden, da in der Regel in dem nachträglichen Widerruf der getroffenen Wahl ein Verstoss gegen Treu und Glauben gefunden werden kann, zumal wenn dadurch die Lage die Schuldners verschlimmert wird.

sich also um „Leistungen," im § 325 dagegen um „Befugnisse" handelt;[56] insbesondere kann man sich nicht auf die Vorschrift des § 263 I berufen, die allerdings unzweideutig besagt: „die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil"[57] Diese Erklärung ist natürlich nach den allgemeinen Vorschriften unwiderruflich (§ 130). Aus dem Begriff der Wahl folgt, dass die Wirksamkeit der Erklärung des Gläubigers, dass er das eine oder andere Recht geltend mache, durch seine Kenntnis von dem ihm zustehenden Wahlrecht bedingt ist. Seine Erklärung wird unwirksam sein, wenn er sein Wahlrecht nicht gekannt hat. Er greift beispielsweise zu den Rechten aus § 323, weil er der irrigen Meinung ist, die dem Schuldner obliegende Leistung sei durch Zufall unmöglich geworden.[58]

Eine Frist, innerhalb welcher die Wahl zu treffen ist, ist gesetzlich nicht bestimmt. Doch kann der Schuldner dem Gläubiger nach § 355 eine angemessene Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechts setzen. Lässt der Gläubiger die Frist unbenutzt verstreichen, so erlischt sein Rücktrittsrecht und er ist auf die Geltendmachung der übrigen Rechte angewiesen. Zudem darf der Gläubiger die Wahl nicht absichtlich hinausschieben, bis sich die Verhältnisse zum Nachteil des Schuldners gänzlich umgestaltet haben. Der Gläubiger würde durch eine unverhältnismässig späte Geltendmachung eines der zur Wahl gestellten Rechte

56) Planck II S. 102; Schollmeyer S. 205; Kaufmann II S. 170; Littmann S. 54.

57) vgl. Planck II S. 102; Kisch S. 154, 155.

58) Planck II S. 103; Schollmeyer S. 206; Kisch S. 159.

den Grundsätzen von Treu und Glauben zuwiderhandeln.[59]

2. Das Rücktrittsrecht bei teilweiser Unmöglichkeit. Bei der teilweisen Unmöglichkeit sind 2 Fälle zu unterscheiden:

a) Die teilweise Erfüllung des Vertrags hat für den Gläubiger kein Interesse mehr. Es kann alsdann der Gläubiger die gleichen Rechte geltend machen, die ihm bei der totalen Unmöglichkeit zustehen. Er kann unter Ablehnung des noch möglichen Teils der Leistung (§ 280 II) Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, auch kann er von dem ganzen Vertrag zurücktreten (§ 325 I S. 2); schliesslich stehen ihm die Rechte des § 323 zu (§ 325 I S. 3). Das Gesetz normiert als Voraussetzung für die Geltendmachung der genannten Rechte: ein mangelndes Interesse des Gläubigers an der teilweisen „Erfüllung" des Vertrags.[60] Die noch mögliche „Teilleistung" mag ja immerhin noch Wert für ihn haben, beispielsweise, wenn sie in Geld besteht. Es entspricht jene Bestimmung der Natur der gegenseitigen Verträge, es steht Leistung gegen Leistung; in dem gegenseitigen Bewirken derselben ist die Erfüllung des gegenseitigen Vertrags zu finden. Es wird sich fragen, ob der Gläubiger gegen die ihm obliegende Gegenleistung noch ein Interesse an der teilweisen Leistung hat, ob ihm die ganze Gegenleistung oder wenigstens ein Teil derselben für den möglich gebliebenen Teil

59) Kisch S. 156; Littmann S. 56.

60) Planck II S. 103; Schollmeyer S. 208; Kaufmann II S. 170; Kisch S. 187.

der schuldnerischen Leistung feil erscheint, — natürlich unter Berücksichtigung der ganzen Lage des Falls und der Verkehrssitte.[61] Das Gesetz räumt hier, wie erwähnt, dem Gläubiger dieselben Rechte ein wie bei totaler Unmöglichkeit. Der Schuldner, dessen Leistung durch eigenes Verschulden unmöglich geworden ist, muss darauf gefasst sein, dass die damit eingetretene Änderung für den Gläubiger die Bedeutung haben kann, dass sie die Leistung, soweit dieselbe noch erfolgen kann, für ihn wertlos macht. Im Sinne des geschlossenen Vertrags darf der Schuldner alsdann dem Gläubiger die Leistung, welche für diesen durch die teilweise Unmöglichkeit etwas wesentlich anderes geworden ist, nicht als Gegenwert für dessen Leistung aufdrängen.[62]

b) Es kann aber auch der Gläubiger noch ein Interesse an der teilweisen Erfüllung des Vertrags haben. Alsdann kann er den möglichen Teil der Leistung fordern und für den unmöglichen Teil Schadensersatz nach § 280 I verlangen, bleibt in diesem Falle aber zur vollen Gegenleistung verpflichtet,[63] da er das volle Äquivalent für dieselbe erhalten hat.

Der Gläubiger kann ferner auf Grund des § 323 I den noch möglichen Teil der Leistung fordern und wegen des unmöglich gewordenen Teils Minderung der Gegenleistung verlangen. Der Schuldner muss die noch teilweise mögliche Leistung an den Gläubiger

61) Schollmeyer S. 208; Kaufmann II S. 170.
62) Protokolle I S. 649.
63) Planck II S. 103; Matthiass I, S. 355; Schollmeyer S. 208; Kaufmann II S. 170.

bewirken, auch wenn die geminderte Gegenleistung für ihn ohne Interesse ist.[64] Auch kann der Gläubiger den für den unmöglich gewordenen Teil erlangten Ersatz oder die Abtretung des Ersatzanspruchs nach § 323 II verlangen. Wenn auch das BGB. ein teilweises Rücktrittsrecht nicht ausdrücklich erwähnt, so wird man doch die Möglichkeit eines solchen anerkennen müssen.[65] Denn es liegt kein Grund vor, dem Gläubiger für den Fall seines Interesses an der noch möglichen Teilleistung das Rücktrittsrecht ganz zu versagen. Hinsichtlich des unmöglichen Teils der Leistung wird also der Gläubiger vom Vertrage zurücktreten können, und wird auch seinerseits insoweit von der ihm obliegenden Gegenleistung frei, bzw. kann die von ihm etwa bereits bewirkte Leistung in einem dem untergegangenen Teil entsprechenden Masse nach den Vorschriften der §§ 346 fl. zurückfordern; hinsichtlich des noch möglichen Teils bleibt er beim Vertrage stehen und seinerseits zu einer dem möglichen Teil entsprechenden Gegenleistung verpflichtet. Die Voraussetzung für ein teilweises Rücktrittsrecht wird allerdings die sein, dass der zwar sachlich zusammenhängende Vertrag inhaltlich teilbar ist und er nach der übereinstimmenden Absicht der Parteien oder nach der Sitte des Verkehrs nicht als ein untrennbares Ganzes zu behandeln ist.[66] Denn wenn dies nicht der Fall ist, so liegt in Wirklichkeit keine teilweise, sondern

64) Protokolle I S. 649.

65) Stammler a. a. O. S. 130; Matthiass I S. 355; Planck II S. 103; Örtmann S. 73.

66) Schollmeyer S. 209; Cosack a. a. O. I S. 338; Kisch S. 184; Kaufmann II S. 170.

totale Unmöglichkeit vor und wird die Vorschrift des § 325 I S. 1 zur Anwendung kommen. Nicht beizutreten ist m. E. Planck; er erkennt ein teilweises Rücktrittsrecht nur dann an, wenn der Vertrag als ein in der Art teilbarer anzusehen ist, dass es sich sachlich um 2 selbständige Verträge über den möglich gebliebenen und über den unmöglich gewordenen Teil der Leistung handelt.[67] Dann aber haben wir es mit selbständigen Verträgen an sich zu tun, und können die Vorschriften über teilweise Unmöglichkeit überhaupt keine Anwendung finden. Jeder der verbundenen Verträge muss selbständig behandelt werden.

3. Das Rücktrittsrecht bei fiktiver Unmöglichkeit § 325 II behandelt die Folgen der sog. fiktiven Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen. Fiktive Unmöglichkeit liegt vor, wenn der rechtskräftig zur Leistung verurteilte Schuldner innerhalb der Frist nicht oder teilweise nicht leistet, welche ihm der Gläubiger unter der Androhung, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne, bestimmt hat (§ 283 I). In diesem Fall tritt zugunsten des Gläubigers gewissermassen die Fiktion ein, die Leistung sei aus einem vom Schuldner zu vertretenden Umstand ganz bzw. teilweise unmöglich geworden.[68]

Es wird hier vorausgesetzt, dass die Nichterfüllung seitens des Schuldners auf einem von ihm zu vertretenden Umstand beruht, nur dann hat der Gläubiger die gleichen Rechte wie bei wirklicher Unmöglichkeit.

67) Planck II S. 103. A. M. Schollmeyer S. 209; Kisch S. 184. Vgl. Littmann S. 71, 72.

68) Mot. II S. 53.

Ist hingegen die Leistung zufällig untergegangen, dann wird unter analoger Anwendung der Bestimmung des § 283 I, S. 3 „die Verpflichtung zum Schadensersatz tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat" der Gläubiger nur die Rechte aus § 323 haben und § 325 II überhaupt nicht zur Anwendung kommen.[69]

Wäre die Bestimmung des § 325 II nicht gegeben, so müsste der Gläubiger zunächst den Weg der Zwangsvollstreckung beschreiten, um dann eventuell die Unmöglichkeit der Erfüllung durch den Schuldner festzustellen. Erst dann könnte der Gläubiger auf Grund des § 325 I zurücktreten. Es soll ihm dies durch die Vorschrift des § 325 II erspart werden; oft wird die Zwangsvollstreckung schon von vornherein als aussichtslos erscheinen.

§ 13.
Fortsetzung.

Wenn der erste Entwurf des BGB. im § 369 II ein Rücktrittsrecht bei Verzug des Schuldners dem Gläubiger nur dann einräumt, wenn die Leistung infolge des Verzugs für ihn kein Interesse mehr hat, so war diese Regelung, weil den Bedürfnissen des heutigen Verkehrslebens nicht entsprechend, noch einer weiteren Ausgestaltung bedürftig. Eben gerade beim Kauf musste sie, wie die Protokolle hervorheben,[70] zu unbilligen Härten führen, „das Rechtsbewustsein des Volkes werde

69) Planck II S. 104; Schollmeyer S. 210.
70) Protokolle I S. 644.

dadurch aufs empfindlichste verletzt, schon der Grundsatz des gemeinen Rechts, dass der Verzug den Gläubiger nicht zum Rücktritt berechtige, sei ihm stets fremd geblieben." Die Pünktlichkeit in der Erfüllung ist für den heutigen Verkehr von hoher Bedeutung, es ist nicht angängig, das Rücktrittsrecht noch von einem besonderen Nachweis des Gläubigers, dass die nachträgliche Erfüllung von keinem Interesse mehr für ihn sei, abhängig zu machen. Ein diesbezüglicher Nachweis war oft schwer, oft garnicht zu erbringen, wie die Praxis im Geltungsgebiet des gemeinen Rechts zeigte. Namentlich bei Leistungen in Geld konnte man nicht behaupten, dass der Gläubiger infolge des Verzugs das Interesse daran verloren habe.[71] Es fehlte daher auch nicht an Stimmen, die sich gegen die Fassung des Entwurfs aussprachen. So schrieb Hachenburg, „wann es das Interesse des Gläubigers fordert zurückzutreten, muss er allein beurteilen. Dass dies nur dann der Fallsein soll, wenn erdie Leistung nicht mehr brauchen kann, heisst ihn bevormunden, heisst ihm vor allem eine Beweislast auferlegen, die seine Lage verschlimmert."[72] Der zweite Entwurf hat Abhülfe geschaffen. Vorschriften, die bisher nur auf dem Gebiete des Handelsrechts galten und auf das Rechtsinstitut des Kaufes beschränkt waren, wurden auf den bürgerlichen Rechtsverkehr mit einigen aber unwesentlichen Abänderungen übertragen und für alle gegenseitigen Verträge für anwendbar erklärt.

---

71) Lehmann a. a. O. S. 5, Denkschrift S. 75.

72) Gutachten aus dem Anwaltstande S. 119.

Das BGB. bestimmt im § 326 I, S. 1 und 2:

„Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen."

Auch hier gewährt der Gesetzgeber dem Gläubiger neben einander ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und das Rücktrittsrecht. Wählt der Gläubiger den Schadensersatz, so bleibt er auch hier seinerseits zur Gegenleistung Zug um Zug verpflichtet: er verlangt rechtlich nur eine besondere Art der Vertragserfüllung. Der Vertrag ist in seinem rechtlichen Bestande unberührt geblieben und daran ändert auch nichts der Umstand, dass das Gesetz den Anspruch auf Erfüllung, nachdem der Gläubiger von dem Rechte der Fristsetzung Gebrauch gemacht hat, für ausgeschlossen erklärt. Die prinzipale Wirkung des Verzugs ist im § 286 I dahin ausgesprochen: „Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen." Die sekundäre Wirkung tritt erst dann ein, wenn der Gläubiger dem Schuldner zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt hat, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne.

Dies wird der Gläubiger beispielsweise dann tun, wenn der Vertrag nicht günstig für ihn ist oder er geringe Aussicht auf dessen Realisierung hat. In jenem Falle aber ist der Gläubiger, da er durch die mit der Fristsetzung verbundene Androhung der Ablehnung auf die Erfüllung als solche verzichtet hat, auf den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung und das Rücktrittsrecht beschränkt.[73] Sein Recht, von dem Schuldner Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu verlangen, hat er endgültig verloren. — Staub[74] beruft sich zur Unterstützung seiner mit der herrschenden Meinung im Widerspruch stehenden Ansicht, dass der Gläubiger, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange, von seiner Gegenleistung befreit werde, auf den Passus des § 326 I: „der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen." Damit sei selbstverständlich, so führt Staub aus, — er unterstellt Zahlungsverzug des Käufers — auch der Anspruch des Käufers gegen den Schadensersatz fordernden Verkäufer auf Erfüllung ebenfalls ausgeschlossen. Der Erfüllungsanspruch des Gläubigers ist indes lediglich aus dem Grunde weggefallen, weil der Schadensersatz nunmehr an die Stelle der Erfüllung getreten ist. Zudem hat, wie schon ausgeführt, der Gläubiger durch die an den säumigen Schuldner gerichtete Erklärung, er lehne nach Ablauf der gestellten Frist die Annahme der Leistung ab, auf die Erfüllung als solche verzichtet. Diese Umstände recht-

73) Staub a. a. O. II S. 1299; Schöller a. a. O. Bd 44 S. 606; Protokolle I S. 647, 648.

74) Staub II S. 1277, 1278.

fertigen den Wegfall des Erfüllungsanspruchs für den Gläubiger, und es ist kein Grund ersichtlich, aus dem Wegfall jenes Anspruchs für den Gläubiger ohne weiteres auf den Wegfall für den Schuldner zu schliessen. Ein Freiwerden des Gläubigers von der ihm obliegenden Gegenleistung setzt zudem die Auflösung des Vertrags voraus; solange dieser besteht, bleibt auch der Gläubiger rechtlich gebunden; und dass der Vertrag in seinem rechtlichen Bestande durch den schuldnerischen Verzug nicht berührt wird, geht daraus hervor, dass der Gesetzgeber dem Gläubiger für jenen Fall einen Schadensersatzanspruch einräumt, dessen Geltendmachung den Bestand des Vertrags zur Voraussetzung hat. — Insbesondere zieht Staub[75] zur Begründung seiner Ansicht auch den Fall des § 326 II heran. Wenn der vertragstreue Teil kein Interesse habe, dass der Vertrag von beiden Teilen erfüllt werde, beispielsweise dem Verkäufer nicht daran gelegen sei, dass der säumige Käufer den Kaufpreis gegen Lieferung der Ware zahle, dann könne man doch unmöglich annehmen, dass der Verkäufer in diesem Falle das Recht habe, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, aber nur gegen Lieferung der Ware. Es muss zugegeben werden, dass man in diesem konkreten Fall zu einem unbefriedigenden Ergebnis gelangt; aber der Gesetzgeber hat ja dem Verkäufer auch ein Rücktrittsrecht neben dem Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfullung eingeräumt. Der Verkäufer wird also das Rücktrittsrecht geltend

75) Staub II S. 1278, 1279, in gleichem Sinne Schöller a. a. O. Bd. 44 S. 622, Littmann S. 64.

machen müssen, wenn er von der Lieferung der Ware befreit sein will. Dass in dem erwähnten Fall die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung nicht zu einem wünschenswerten Ergebnis führt, kann kein Grund dafür sein, dass man bei der Wahl des Schadensersatzanspruchs die Befreiung des Gläubigers von der ihm obliegenden Leistung entgegen dem Prinzip der gegenseitigen rechtlichen Gebundenheit beim synallagmatischen Vertrag statuiert.

Es ist nunmehr einzugehen auf die Voraussetzungen, unter welchen dem Gläubiger die durch den Verzug begründeten sekundären Rechte zustehen. Der Gläubiger hat dem Schuldner zur Bewirkung der verzögerten Leistung eine Nachfrist zu bestimmen. Es ist also ein positives Handeln des Gläubigers erforderlich.[76] Dies geht aus der Fassung des § 326 im Gegensatz zu derjenigen des Art. 356 des alten HGB. hervor, wonach der nichtsäumige Kontrahent dem säumigen eine den Umständen nach angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten „gewähren" musste. Es erscheint sonach nicht als genügend, wenn der säumige Kontrahent, nachdem ihm das Abstehen von der Erfüllung seitens des nichtsäumigen Teils mitgeteilt ist, weiter noch die zur Erfüllung angemessene Zeit verstreichen lässt, ohne dieselben zu leisten.[77] Es hat zwar die frühere Judikatur diesen

76) Staub II S. 1291, 1292; Lehmann und Ring a. a. O. II S. 124; Kaufmann II S. 41.

77) A. M. Dernburg a. a. O. II S. 214. Er hält dies für ausreichend.

Standpunkt vertreten.[78] Es erklärt sich dies aus der zu Zweifeln Anlass gebenden Fassung des Art. 356 des alten HGB., der nicht die „Bestimmung", sondern nur die „Gewährung" einer Nachfrist, nur ein passives Verhalten des Gläubigers forderte. Angesichts der klaren Formulierung des § 326 des BGB. kann Dernburg[79] zur Unterstützung seiner Ansicht nicht auf die frühere Rechtsprechung verweisen. Ebensowenig erscheint m. E. Cosacks Ansicht begründet, dass, falls der Gläubiger erklärt, die Nachfrist ganz zu verweigern, die Verweigerung der Nachfrist nicht anders zu behandeln sei, als eine zu kurze Bemessung der Nachfrist, also eine angemessene Frist mit jener Erklärung in Lauf gesetzt werde.[80] Die klare Vorschrift des § 326 lässt an der positiven Bestimmung der Nachfrist nicht vorbeikommen,[81] selbst auch dann nicht, wenn sich der Säumige vorher bestimmt geweigert hat zu erfüllen.[82] — Eine Form für die Bestimmung der Frist ist nicht vorgeschrieben, sie kann mündlich oder schriftlich gestellt werden. Die Fristbestimmung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung und muss dem Schuldner zugehen, sonst ist sie unwirksam. Auch kann die Frist gemäss § 255 der CPO. auf Antrag des Gläubigers im Urteil bestimmt werden. — Die Frist muss eine angemessene

78) Vgl. Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 8 No. 30 S. 127 Bd. 9 No. 38 S. 126, Bd. 12 No. 18, S. 62 ferner Entsch des Reichsgerichts Bd. 7, No. 27, S. 79.

79) Siehe Anmerkung 77 auf Seite 66.

80) Cosack a. a. O. I S. 405.

81) Staub II S. 1291, 1292. A. M. Schöller a. a. O. Bd. 45 S. 516 Anm. 11. Littmann S. 65 und die bereits erwähnten

82) A. M. Denkschrift S. 221; Lehmann und Ring II S. 126

ein. Welche Frist als angemessen erscheint, entscheidet sich nach den besonderen Umständen des konkreten Falles; jedenfalls kann sie kürzer sein als die Erfüllungsfrist. Angemessen wird nur eine solche Frist sein, innerhalb welcher unter Berücksichtigung des in Frage kommenden Rechtsverhältnisses und der Lage des Einzelfalles dem Schuldner billigerweise zugemutet werden kann, die Leistung zu bewirken. Gesetzt, die Frist sei nicht angemessen, so entsteht die Frage, ob sie schlechthin unwirksam ist oder doch gewisse rechtliche Folgen erzeugt. Hier gehen die Ansichten in der Literatur auseinander. In erster Linie wird die Ansicht vertreten, dass, wenn die gesetzte Frist, weil zu kurz, nicht angemessen ist, damit die Fristsetzung überhaupt hinfällig würde.[83] M. E. wird man nicht ohne weiteres soweit gehen können. Wenn der Schuldner der Fristsetzung nicht widerspricht, so wird m. E. wenigstens eine angemessene Frist in Lauf gesetzt, da der Schuldner sie ja widerspruchslos entgegen genommen hat. Widerspricht indes der Schuldner und ist sein Widerspruch tatsächlich be-

---

83) Planck II S. 19, 20; Schollmeyer S. 31; Kaufmann II S. 41 und S. 161, 172. A. M. Cosack, Lehrb. des bürg. Rechts I S. 348, 404, 405, Lehrb. des Handelsrechts S. 202. Durch die Setzung einer zu kurzen Frist, so führt Cosack aus, werde diejenige Nachfrist in Lauf gesetzt, welche tatsächlich nach der ganzen Sachlage als angemessen erscheine. Das Gesetz verlange nämlich nicht für die Geltendmachung der dem Gläubiger eingeräumten Rechte, dass der Schuldner innerhalb der ihm gesetzten Nachfrist nicht leiste, es sage vielmehr nur, wenn der Schuldner nicht „rechtzeitig“ erfülle, könne der Gläubiger die Befugnisse des § 326 ausüben.

gründet, so ist die Fristsetzung natürlich wirkungslos.[84] Ist die Frist länger als erforderlich hinausgezogen, so hat es dabei sein Bewenden.

Mit der Fristsetzung ist die Androhung zu verbinden, dass die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist abgelehnt werde. Fehlt diese Erklärung, so muss der Gläubiger trotz Ablauf der Frist noch nachträglich die Leistung annehmen, es sei denn, dass er unter Berufung auf § 326 II den Nachweis erbringt, dass er infolge des Verzugs ein Interesse an der Erfüllung nicht mehr habe. Jene Androhung muss unzweideutig erfolgen. Man wird sie in der Regel mit der Fristsetzung verbinden, indes ist auch eine bereits vorher erfolgte als wirksam zu erachten, allerdings nur dann, wenn die diesbezügliche Erklärung nach Eintritt der Fälligkeit der Leistung abgegeben worden ist.[85] Denn der Schuldner, der vor dem Eintritt der Fälligkeit erklärt hat, er werde nicht leisten, kann immerhin noch seinen Sinn ändern, wenn er nach Eintritt des kritischen Zeitpunktes der Fälligkeit an die Folgen seiner Säumnis erinnert wird.

Schliesslich wird als Voraussetzung für die Geltendmachung der dem Gläubiger eingeräumten Rechte gefordert, dass der Schuldner nach erfolgter Fristsetzung nicht rechtzeitig leistet. Als rechtzeitig bewirkt wird die Leistung angesehen werden müssen, wenn sie vor Ablauf der Frist gemacht wird. Wenn

84) Ähnlich Lehmann und Ring II S. 124. Vgl. Staub II S. 1293, 1294 und Entsch. des Reichsgerichts Bd. 7 No. 27 S. 79.

85) Staub II S. 1296. A. M. Dernburg II S. 214, 215, vgl. Lehmann und Ring II S. 125.

also die soeben erörterten Voraussetzungen gegeben sind, kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten. Nicht mehr aber hat der Gläubiger — und das bedeutet die Neuerung auf dem Gebiete des bürgerlichen Verkehrs — den Nachweis zu erbringen, dass er sein Interesse an der verspäteten Leistung verloren habe.

Wählt der Gläubiger den Rücktritt, so wird der Vertrag mit rückwirkender Kraft aufgehoben, und der Gläubiger kann keine Schadensersatzansprüche daneben geltend machen. Der Ansicht von Cosack, nach welcher der Käufer, wenn er wegen Lieferungsverzugs des Verkäufers vom Vertrage ganz zurücktritt, sein negatives Vertragsinteresse fordern kann, ist m. E. nicht beizutreten.[86] Schon die Motive bemerken: „Rücktritt und aus dem Vertrag entspringender Anspruch auf Schadensersatz schliessen sich einander aus.[87]

Es ist hinsichtlich des gegenseitigen Verhältnisses des Rechtes auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und des Rücktrittsrechts dasselbe zu sagen, wie bei der Behandlung dieser Rechte bei der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit. Auf die dortige Darstellung wird Bezug genommen: sie können nicht nebeneinander geltend gemacht werden; der Gläubiger hat kein jus variandi. Das Gesetz hat auch keine Frist bestimmt, innerhalb welcher die Wahl vom Gläubiger zu treffen ist. Der Schuldner kann allerdings dem Gläubiger eine Frist zur Ausübung des Rücktritts nach § 355 setzen. Lässt dieser die Frist unbenutzt verstreichen, so

86) Cosack a. a. O. I S. 408 vgl. Kisch S. 152.
87) Motive II S. 209.

ist er nunmehr auf die Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung angewiesen. Es kann indes durch die Rücksicht auf Treu und Glauben und die Natur des in Betracht kommenden Rechtsverhältnisses eine Grenze für die Ausübung jener Rechte gezogen sein, wenn die Zulassung einer verspäteten Geltendmachung der Rechte, namentlich bei veränderten Verhältnissen, zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung des Schuldners führen würde. Diesen Standpunkt hat stets die Judikatur vertreten,[88] und es erscheint m. E. unbedenklich, diesen im Handelsverkehr beobachteten Grundsatz auch auf den bürgerlichen Rechtsverkehr zu übertragen. In der langen Dauer des Schweigens kann eben ein Einverständnis des nichtsäumigen Kontrahenten mit der Weigerung des Schuldners erblickt werden. Zudem kann die illoyale Hinausschiebung der Ausübung des Wahlrechts die Verwirkung aller Vertragsrechte zur Folge haben.

Die Vorschrift des § 326 II, nach welcher dem Gläubiger die Rechte des § 326 I auch ohne die vorherige Bestimmung einer Nachfrist zustehen sollen, ist zu Gunsten des Gläubigers getroffen, der infolge des Verzugs kein Interesse mehr an der Erfüllung des Vertrags hat, „weil in einem solchen Falle durch die nachträgliche Leistung innerhalb einer gestellten Frist das Interesse des Gläubigers nicht befriedigt werden würde."[89] Es ist auch hier hervorzuheben, dass der

88) Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 9 No. 112 S. 407, Bd. 20 No. 82 S. 336, 337, Bd. 23 No. 29 S. 85. — Entsch. des Reichsgerichts Bd. 32 No. 17 S. 64. Staub II S. 1306, 1307, Lehmann und Ring II S. 127, 128.

89) Protokolle I S. 648.

Gläubiger das Interesse an der Erfüllung, nicht auch an der schuldnerischen Leistung verloren zu haben braucht. Beispielsweise hat der Verkäufer immer, auch wenn der Käufer im Verzug ist, ein Interesse an der Leistung des Kaufpreises, möglicherweise aber hat er kein Interesse daran, dass er den Kaufpreis gegen Leistung des Kaufgegenstandes erhält. Jenen Ausnahmefall hat schon der Art 356 des alten HGB. vorgesehen, wenn auch hier die Ausdrucksweise keine so klare ist, wie im § 326 II des BGB. Nur „wenn die Natur des Geschäfts dies zulässt," ist nach dem alten HGB. die Gewährung der Nachfrist notwendig; sie wird also nicht gefordert, wenn die Natur des Geschäfts sie nicht gestattet.

§ 326 I, S. 3 besagt:

> „Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 I, S. 2 entsprechende Anwendung."

Es sollen also dieselben Regeln wie bei teilweiser Unmöglichkeit gelten. Zu unterscheiden ist sonach, ob die teilweise Erfüllung des Vertrags für den Gläubiger Interesse hat oder nicht. Es treten alsdann die gleichen Folgen ein wie bei der teilweisen Unmöglichkeit.

II. Das vertragsmässige Rücktrittsrecht.

§ 14.

1. Die Art der Behandlung des vertragsmässigen Rücktrittsrechts in den Pandekten und dem BGB.

Es bleibt indes den Parteien unbenommen, — abgesehen von den Fällen, in denen schon von Gesetzes

wegen ein Rücktrittsrecht gestattet ist, — an das Gegebensein bestimmter Voraussetzungen vertraglich für einen Kontrahenten das Recht zu knüpfen, von dem Vertrage zurückzutreten. Hier sind die mannigfaltigsten Fälle denkbar, wie überhaupt auf dem Gebiete der gegenseitigen Verträge den Parteien ein weiter Spielraum gegeben ist, an Stelle der regelmässigen Wirkungen eines Vertrags Ausnahmebestimmungen zu treffen, soweit es sich nicht um durch jus cogens geregelte Rechtsverhältnisse handelt. Der Gesetzgeber konnte nicht alle Möglichkeiten besonders hervorheben, wenn er auch für einige besonders häufig vorkommende Rücktrittsklauseln ergänzende Vorschriften normiert.

Für die einzelnen Fälle des vertragsmässigen Rücktrittsrechts finden sich im II. Buche des BGB. im V. Titel des II. Abschnittes allgemeine Rechtssätze, wodurch das BGB. an Einfachheit und Klarheit gewinnt, ganz im Gegensatz zu der Behandlung jener Materie in den Pandekten. Hier suchen wir vergeblich nach einer einheitlichen Regelung des vertragsmässigen Rücktrittsrechts. Es war der Untersuchung im Einzelfall überlassen, festzustellen, welche Wirkungen die Ausübung des Rücktrittsrechts erzeugt; unter welchen Umständen eine solche ausgeschlossen bzw. unwirksam war u. a. Besonders geregelt ist das vertragsmässige Rücktrittsrecht hinsichtlich dreier Rechtsinstitute, die in den Quellen nur in Verbindung mit dem Kauf erwähnt werden, des pactum displicentiae, der in diem addictio und der lex commissoria. Es liegt nun nicht in dem Rahmen einer allgemeinen Betrachtung über die Entwickelung und Gestaltung des Rechtes des Rücktritts

im römisch- gemeinen und heutigen Recht, jene 3 Rechtsgebilde in allen ihren Einzelheiten darzustellen, insbesondere auch nicht, auf die vielen Streitfragen einzugehen, die hinsichtlich dieser Nebenverträge entstanden sind, vielmehr dürfte es genügen, einen allgemeinen Überblick über die fraglichen Rechtsinstitute zu geben, die die Literatur auch als „Reuverträge" bezeichnet, — „insofern diese Vorbehalte", wie Bechmann ausführt,[90] „immer zu Gunsten des einen Teiles sind, und insofern der Entschluss, eine frühere Handlung rückgängig zu machen, im Allgemeinen als Reue bezeichnet wird" — und deren Charakteristika hervorzuheben.

Überblick über die sog. Reuverträge des gemeinen Rechts.

§ 15.

a) Im Allgemeinen.[91]

Die genannten Reuverträge sind materiell unselbständige pacta adjecta. Sie haben ihren rechtlichen Bestand lediglich im Zusammenhang mit dem Hauptvertrag. Bezüglich ihres Verhältnisses zu diesem ist es eine Frage der Auslegung im konkreten Fall, ob durch den im Nebenvertrag zu Gunsten einer Partei begründeten Vorbehalt der Aufhebungsbefugnis der Vollzug des Hauptvertrags hinausgeschoben, oder

90) Bechmann a. a. O S. 493.

91) Bechmann S. 487 fl.; Czyhlarz a. a. O. S. 38 fl.; Wendt a. a. O., 2. Heft S. 19 fl.; Windscheid II S. 315 fl. Sintenis a. a. O. II S. 323.

ob der Vertrag zwar sofort erfüllt und die Erfüllungsleistung, falls der Rücktritt erfolgen sollte, wieder rückgäng gemacht werden, kurz, ob die Nebenabrede suspensiv oder resolutiv wirken soll.[92] In der vorliegenden Darstellung wird nur die letztere Wirkung interessieren

Die Partei, zu deren gunsten die Abrede getroffen ist, kann bald bedingt, d. h. unter im voraus bestimmten Voraussetzungen, so bei der in diem addictio und der lex commissoria (vgl. unten), bald unbedingt nach Willkür, so bei dem pactum displicentiae, den Vertrag aufheben. Es bedarf einer besonderen Geltendmachung des Rücktrittsrechts, sei es durch Anstrengung einer Restitutionsklage oder, falls der Berechtigte noch nicht geleistet hat, durch Weigerung der Leistung; es genügt nicht die blosse Tatsache der Missbilligung, bzw. der Eintritt der Bedingung, von der die Ausübung des Rücktrittsrechts abhängig gemacht ist. Dadurch allein wird der Vertrag in seinem Bestande nicht berührt, es muss der Wille der berechtigten Partei hinzukommen, von dem ihr zu-

92) Vgl. indes bez. des pactum displicentiae:
l. 3 D. De contrahenda emptione 18,1 (. . . constat . . resolvi emptionem sub condicione) und
l. 2 § 5 D. Proemptore 41,4 (. . . emptio pura . . .);
bez. der lex commissoria;
l. 1 D. De lege commissoria 18,3 (. . . magis est, ut sub condicione resolvi emptio . . videatur),
also im Zweifel: resolutive Wirkung; bez. der in diem addictio:
l. 2 pr. D. De in diem addictione 18,2 (. . . mihi videtur, verius interesse, quid actum sit),
also entscheidend der Parteiwille.

stehenden Rücktrittsrecht auch Gebrauch zu machen.[93] Dieses Moment ist charakteristisch für die Unterscheidung dieser Nebenverträge von der Bedingung. Tritt die Bedingung ein, so wirkt sie, unabhängig von dem Willen der Parteien, auf den Vertrag ein, — ganz abgesehen davon, dass die Bedingung als Modifikation eines Vertrags nicht so sehr als eine besondere Nebenabrede, denn vielmehr als ein Bestandteil des Vertrags angesehen wird.

Was endlich die Wirkungen angeht, die sich an die Ausübung des vertragsmässig vorbehaltenen Rücktrittsrechts knüpfen, so ergibt sich mit Rücksicht darauf, dass der Rückforderungsanspruch sich nur auf den durch den an sich unselbständigen Nebenvertrag modifizierten Hauptvertrag gründen kann, dass in erster Linie der zurücktretenden Partei bzw. dem Gegner, sofern er bereits geleistet hat, zur Rückgängigmachung der bewirkten Leistungen die Kontraktsklage zusteht, sich also die Wirkung des Rücktritts als eine nur obligatorische qualifiziert. Dabei blieb es indes nicht. Die resolutiven Vorbehalte haben eine nicht zu verkennende Verwandtschaft mit der Resolutivbedingung, und wie diese eine dingliche Wirkung erzeugt, d. h. alle in der Schwebezeit bestellten dinglichen Rechte an der fraglichen Sache, auch das Eigentum, ipso jure durch ihren Eintritt zum Wegfall kommen, so wurde auch bei jenen Reuverträgen die Wirkung von der obligatorischen zur dinglichen ge-

93) Bez. der lex commissoria besonders ausgesprochen: l. 3 D. De lege commissoria 18,3 (. . . si volet venditor . . . non etiam invitus.)

steigert. Bezüglich dieses Punktes herrschen, da die Quellen einen diesbezüglichen sichern Anhalt nicht geben, wichtige Streitfragen.[94] Man will in erster Linie den Parteiwillen entscheiden lassen. Wenn man nun erwägt, dass wohl in den seltensten Fällen, — soweit nicht ausdrücklich diese Frage berührt wurde, — den Parteien bei Abschluss des Vertrags jener subtile Unterschied gegenwärtig war, so wird wohl darin nicht die gewünschte Lösung gefunden werden können; vielmehr wird man mit Bechmann[95] anzunehmen haben, dass im Zweifel diejenige Wirkung eintrat, die dem wirtschaftlichen Zweck des betreffenden Nebenvertrags am meisten entsprach.

§ 16.

b) Die einzelnen Reuverträge.

1. Unter dem pactum displicentiae versteht man die einem Kaufvertrage beigefügte Nebenabrede, durch welche dem Käufer das Recht zugestanden wird, vom Kaufe zurückzutreten, falls ihm das Kaufobjekt missallen sollte:[96]

94) Windscheid z. B. nimmt im Zweifel dingliche Wirkung an. „Möglicherweise" sagt er weiter, „können die Parteien auch das Entstehen einer obligatorischen Verbindlichkeit zur Rückgängigmachung der eingetretenen Wirkungen des Geschäfts gewollt haben. Windscheid II S. 316 und Anm. 4 daselbst.

95) Bechmann S. 511, 512, 528, 552.

96) Bechmann S. 544 fl.; Glück Bd. 16 S. 224 fl ; Czyhlarz S. 43 fl.; Wendt, 2. Heft S. 33 fl.; Windscheid II S. 315, 316 Anm. 4 daselbst, insbesondere S. 592 und Anm. 7. daselbst; Sintenis II S. 323, 324.

l. 3 D. De contrahenda emptione 18,1.

Si res ita distracta sit, ut si displicuisset inempta esset, constat non esse sub condicione distractam, sed resolvi emptionem sub condicione.

Die Gründe der Displizenz sind indifferent. Der Rücktritt bleibt der reinen Willkür des Berechtigten anheimgestellt. Durch die Beifügung des pactum displicentiae wird der Kauf, sofern nicht eine aufschiebende Wirkung von den Parteien gewollt ist, zu einem resolutiv bedingten Kauf auf Probe. Es liegt eine emptio pura vor.[97] Die in Gestalt des pactum displicentiae getroffene Nebenabrede stellt sich, wie schon hervorgehoben, nicht als eine eigentliche Resolutivbedingung mit dinglichen, vielmehr als eine Auflösungsabrede mit obligatorischen Wirkungen dar. Die auf Grund des Kaufvertrags etwa bewirkten Leistungen können mit der Kontraktsklage zurückverlangt werden.[98] Daneben ist aber auch die actio redhibitoria als Restitutionsklage für den vorliegenden Fall anerkannt die zunächst nur bei dem Vorhandensein ädilizischer Mängel gegeben ist, dann aber analog auch für den Fall für anwendbar erklärt ist, in welchem der Kaufsache insofern ein „Mangel" anhaftet, als sie dem Käufer nicht gefällt, den die Displizenz zufolge Verabredung zum Rücktritt berechtigt.[99] Der Umstand, dass die Auflösung des Kontrakts hier ganz der

97) l. 2 § 5 D. Pro emptore 41,4.

98) l. 6 D. De rescindenda venditione 18,5 (. . . ex empto actio est . . .)

99) l. 4 C. De aedilitiis actionibus 4,58 (. . . redhibitoriam adversus venditorem competere, palam est).

Willkür des Käufers überlassen ist, spricht im Interesse der Verkehrssicherheit gegen eine die Rechte derjenigen, denen das Eigentum oder sonst ein dingliches Recht an der Kaufsache durch den Käufer eingeräumt worden ist, affizierende dingliche Wirkung. Zudem erlischt ein an der Sache bestelltes Pfandrecht nicht.[100]

2. Die indiem addictio, ebenfalls eine den Quellen nur in Verbindung mit dem Kauf bekannte Nebenabrede, berechtigt den Verkäufer zum Rücktritt vom Vertrag für den Fall, dass sich ihm innerhalb einer bestimmten Zeit die Gelegenheit bieten sollte, die Kaufsache unter günstigeren Bedingungen zu veräussern.[101]

l. 1 D. De in diem addictione 18,2 In diem addictio ita fit:

> „ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas Januarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat."

Hier wird man zunächst auch nur eine obligatorische Wirkung anzunehmen haben, aber wenn man erwägt, dass dem Verkäufer, zu dessen gunsten diese Nebenabrede getroffen wird,[102] mit jener Wirkung wenig gedient sein kann, — er will sich durch die in diem addictio die Möglichkeit eines günstigeren

100) l. 3 D. Quibus modis pignus solvitur 20,6 (. . . pignus finiri non pulet).

101) Bechmann S. 502 fl.; Glück Bd. 16 S. 239 fl.; Czyhlarz S. 40 fl.; Wendt, 2. Heft S. 37; Windscheid II S. 315, 316, Anm. 4 daselbst, 317 Anm. 6 daselbst; Sintenis II S. 325.

102) Auch zu Gunsten des Käufers unter entsprechenden Modifikationen denkbar.

Gebots offen halten, damit er indes ein solches auch ausnützen kann, ist es erforderlich, dass die Kaufsache, frei von Lasten, in seinen Besitz zurückgelangt, — so wird man mit Rücksicht auf die Lage der Sache bei diesem Rechtsinstitut, unbeschadet entgegenstehender Parteiabrede, eine dingliche Wirkung wohl anerkennen müssen; zumal auch die Quellen den Wegfall eines an dem Kaufobjekt eingeräumten Pfandrechts erwähnen.[103]

3. Als lex commissoria bezeichnet man den einem Kaufvertrag beigefügten Vorbehalt, wonach der Verkäufer[104] berechtigt sein soll, den Kaufvertag wieder aufzuheben, falls der Käufer den Kaufpreis nicht rechtzeitig zahlen sollte.[105]

l. 4 D. De lege commissoria 18,3.

> Si fundus lege commissoria venierit, hoc est, ut, nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret, ...

Als Restitutionsklage kommt nach Reskripten der Kaiser Antoninus und Alexander Severus die Kontraktsklage in Betracht.[106]

103) l. 4 § 3 D. De in diem addictione 18,2 (Marcellus scribit . . . rem pignori esse desinere); l. 3 D. Quibus modis pignus solvitur 20,6 (Marcellus ait . . . finiri pignus).

104) Event. auch der Käufer, vgl. die Anm. 102 auf S. 79.

105) Bechmann S. 519 fl.; Glück Bd. 16 S. 271 fl.; Czyhlarz S. 40 fl.; Wendt 2 Heft S. 37; Windscheid II S. 315, 316, Anm. 4 daselbst, 317 Anm. 6 daselbst; Sintenis S. 327; Burckhardt im Archiv für die civ. Praxis Bd 51 S. 151 fl. und S. 289 fl.

106) l. 3 C. De pactis inter emptorem et venditorem compositis 4,54:

> (. . . rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito).

Doch wird man sich nicht mit der obligatorischen Wirkung begnügt haben. Das Interesse des Verkäufers, der durch jenen Vorbehalt den Nachteilen der Nichteinhaltung des Zahlungstermins vorbeugen will, erheischt die dingliche Wirkung, durch welche das Rücktrittsrecht erst den rechten Wert für den Verkäufer erlangt.

§ 17.

3. Die im bürgerlichen Gesetzbuch besonders hervorgehobenen Fälle eines vertragsmässigen Rücktrittsrechts.

Für drei besonders häufig vorkommende Fälle eines vertragsmässigen Rücktrittsrechts hat das BGB. ergänzende Vorschriften aufgestellt.[107]

1. § 359 behandelt den Vorbehalt des Rücktritts gegen Entrichtung eines Reugeldes.[108] Der Berechtigte hat hier das Reugeld spätestens bei der Erklärung des Rücktritts zu zahlen. Geschieht es indes nicht, so ist der Rücktritt nicht schlechthin unwirksam. Nur wenn der

l. 4 pr. D De lege commissoria 18,3:
(. . . iam decisa quaestio est, ex vendito actionem competere, ut rescriptis imperatoris Antonini et divi Severi declaratur).
Diese Stelle nimmt Bezug auf das obige Citat.

107) Matthiass I S. 368; Endemann I S. 656, 657; Planck I; S. 135, 136; Schollmeyer S. 271 fl.; Kaufmann II S. 210, 211 I Motive II S. 285, 286, bez. des Fixgeschäftes S. 199, 200.

108) Ist eine Draufgabe gezahlt, so soll diese nur dann als Reugeld mit verbundenem Rücktrittsrecht gelten, wenn die Parteien dies ausdrücklich vereinbart haben und damit die entgegenstehende Vermutung des § 336 entkräftet ist.

Gegner die Erklärung des Rücktritts zurückweist und der Berechtigte das Versäumte nicht unverzüglich nachholt, tritt Unwirksamkeit des Rücktritts ein.

2. Der Vorbehalt der Rechtsverwirkung, d. h. die Abrede, dass der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig gehen soll, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt,[109] berechtigt beim Eintritt dieses Falles den Gläubiger zum Rücktritt von dem Vertrag (§ 360).

Es löst sich also der Vertrag nicht von selbst auf, sondern der Gläubiger hat nur das Recht, den Vertrag durch Erklärung des Rücktritts zur Auflösung zu bringen. Es steht in seinem Belieben, ob er von seinem Rechte Gebrauch machen will oder nicht. Wird die Zulässigkeit des Rücktritts vom Gegner bestritten, weil er erfüllt habe, so ist er für die behauptete Erfüllung beweispflichtig, sofern nicht die ihm obliegende Leistung in einem Unterlassen besteht (§ 358). Erfolgt der Rücktritt auf Grund der Verwirkungsklausel, so ist er unwirksam, wenn sich der Schuldner von seiner Verbindlichkeit durch Aufrechnung befreien konnte und er unverzüglich nach dem Rücktritt die Aufrechnung erklärt (§ 357). An sich wird das Schuldverhältnis durch den Rücktritt ex tunc aufgehoben und damit einer Aufrechnung der rechtliche Boden genommen. — Hier tritt indes aus Billigkeitsrücksichten zugunsten des Schuldners eine Fiktion ein, derzufolge die Aufrechnung als vor dem Rücktritt erklärt angesehen wird. Daraus folgt weiter, dass auch die dem Schuldner obliegende Verbindlichkeit schon

109) Die lex commissoria des BGB.

vor dem Rücktritt erloschen ist, und es musste als Konsequenz jener Fiktion, nachdem die Voraussetzung, auf welche sich das Rücktrittsrecht gründete, weggefallen ist, die Unwirksamkeit des Rücktritts ausgesprochen werden.

3. Das Fixgeschäft enthält im Zweifel einen stillschweigenden Vorbehalt des Rücktritts für den Fall, dass der Schuldner die ihm obliegende Leistung nicht genau zu der festbestimmten Zeit oder innerhalb der festbestimmten Frist bewirken sollte. Ist indes ein diesbezüglicher Vorbehalt nach den Umständen des Falles als gewollt nicht anzusehen, so findet der Rücktritt kraft des Gesetzes nur nach Massgabe des § 326, also wenn der Schuldner im Verzug ist, statt. Jene Vermutung ist zugunsten des Gläubigers aufgestellt, für den hier, wo der Pünktlichkeit in der Erfüllung eine solch grosse Bedeutung zukommt, die verspätete Leistung keinen Wert mehr haben kann; ein nicht rechtzeitiges Erfüllen des Fixgeschäfts kommt der Nichterfüllung gleich.

III. Die gemeinschaftlichen Vorschriften des BGB. für das gesetzliche und vertragsmässige Rücktrittsrecht.[110]

§ 18.

1. Die Ausübung des Rücktrittsrechts (der Rücktritt).

Die für das vertragsmässige Rücktrittsrecht normierten Bestimmungen der §§ 346—356 des BGB.,

110) Matthiass I S. 368 fl.; Endemann I S. 656 fl.; Schollmeyer S. 254 fl.; Dernburg, das bürgerl. Recht II S. 238 fl.;

die in folgendem zu erörtern sind, finden gemäss § 327 auch auf die Fälle des gesetzlichen Rücktrittsrechts mit der Modifikation Anwendung, dass, wenn der Rücktritt wegen eines von dem Gegner nicht zu vertretenden Umstandes, — was z. B. bei dem Rücktritt wegen fictiver Unmöglichkeit (§ 325 II) zutreffen kann — erfolgt, dieser nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung haftet (§ 327 S. 2); man will dadurch unbilligen Härten vorbeugen.

Das Rücktrittsrecht wird durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt (§ 349) Der erste Entwurf hat im § 426 besonders hervorgehoben, dass die Rücktrittserklärung unwiderruflich sei. Dies erscheint als selbstverständlich, und ist die Unwiderruflichkeit daher auch nicht im BGB. noch besonders erwähnt. Diese ergiebt sich einmal aus den allgemeinen Vorschriften: wenn eine empfangsbedürftige Erklärung dem anderen Teile zugegangen ist, so kann sie nicht ohne weiteres wieder zurückgenommen werden (§ 130). Die Unwiderruflichkeit erklärt sich insbesondere bei dem Rücktritt aus seiner rechtlichen Natur. Das Vertragsverhältnis wird, wie noch später zu erörtern ist, schon durch die an den Gegner gerichtete Erklärung, man trete vom Vertrage zurück, aufgelöst. Ein Wiederzustandekommen desselben ist durch eine neue hierauf gerichtete Willenseinigung der Parteien bedingt, eine solche Wirkung

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts I S. 365 fl.; Planck II S. 126 fl.; Örtmann S. 87 fl.; Kaufmann II S. 198 fl.; Stammler a. a. O. S. 129 fl.; Motive II S. 280 fl.

kann der blosse Widerruf der Rücktrittserklärung überhaupt nicht hervorbringen. Schliesslich ist auch die Unwiderruflichkeit im Interesse des anderen Teils durchaus geboten, der sich auf die Rücktrittserklärung muss verlassen können.[111] Die Rücktrittserklärung kann m. E. nicht unter einer Bedingung abgegeben werden. Das Gesetz hebt dies nicht ausdrücklich hervor. Es giebt indes gewisse Rechtsgeschäfte, deren Zweck und Wesen die Beifügung einer Bedingung nicht duldet, da sie als bedingte der im Interesse des Gegners erforderlichen Sicherheit und Bestimmtheit entbehrten. Dies trifft gerade für den Rücktritt zu. — Das Rücktrittsrecht ist an sich kein höchstpersönliches Recht, es kann also auch von dem Rechtsnachfolger des Rücktrittsberechtigten ausgeübt werden — soweit dies nicht durch entgegenstehende Parteivereinbarung ausgeschlossen ist.

Im § 356 ist der Grundsatz der Unteilbarkeit des Rücktrittsrechts ausgesprochen. Sind bei einem Vertrage auf beiden Seiten mehrere Beteiligte vorhanden, so kann das Rücktrittsrecht nur einheitlich, d. h. nur von allen und gegen alle geltend gemacht werden. Der § 356 findet sowohl bei teilbaren als insbesondere bei unteilbaren Leistungen Anwendung. Es ist ferner gleichgültig, ob es sich um ein Gesamt- oder ein Teilschuldverhältnis handelt. Es wird lediglich vorausgesetzt, dass bei einem Vertrage auf der einen oder anderen Seite „Mehrere" beteiligt sind. Die Beteiligung einer Mehrheit kann nachträglich durch Erbfolge eintreten und wird auch hier der § 356 bezüglich

111) Motive II S. 280.

des Rücktrittsrechts gelten müssen. Dies ist im § 356 des ersten Entwurfs ausdrücklich hervorgehoben worden. Planck führt aus, dass in dieser Beziehung die Vorschriften über die Erbengemeinschaft entschieden.[112] Im Erbrecht ist indes von einem Rücktrittsrecht keine Rede. Gemäss § 2040 I können bis zur Auseinandersetzung Miterben nur gemeinschaftlich über einen Nachlassgegenstand verfügen, also auch nur gemeinschaftlich über ein mit einer Forderung verknüpftes Rücktrittsrecht. Was die Nachlassschulden angeht, so haften hierfür die Erben entweder als Gesamtschuldner oder für den ihrem Erbteil entsprechenden Teil der Nachlassverbindlichkeiten (§§ 2058, 2060). Auch dies ändert nichts an der Bestimmung, dass das Rücktrittsrecht nur gemeinschaftlich ausgeübt werden kann, da § 356 sowohl bei einem Gesamt- wie bei einem Teilschuldverhältnis zur Anwendung kommt. Es ergiebt sich also aus der Erbengemeinschaft dasselbe, was § 356 vorschreibt.

Die Bestimmung des § 356 ist nicht zwingender Natur. Es kann beispielsweise verabredet werden, dass das Rücktrittsrecht trotz Vorhandenseins einer Mehrheit nur einer bestimmten Person zustehen, bezw. gegenüber einer bestimmten Person ausgeübt werden soll. Auch kann eine Vereinbarung dahin getroffen werden, dass das Rücktrittsrecht zwar allen zustehen, aber nur von einer bestimmten Person oder mehreren bestimmten Personen geltend gemacht werden soll, u. a. Das Prinzip der Unteilbarkeit - vorbehaltlich entgegenstehender Parteiabrede - entspricht praktischen Erwägungen. Wollte man nämlich die Ausübung des

112) Planck II S. 134. A. M. Schollmeyer S. 269.

Rücktrittsrechts der Willkür eines jeden Berechtigten überlassen, so würde man, wie die Motive bemerken, „zu einem sachwidrigen und unbefriedigenden Ergebnis“ gelangen.[113]

Ebenso hat auch das Erlöschen des Rücktritts rechts für einen der Berechtigten ein Erlöschen für die anderen — soweit nicht die Parteien ein anderes bestimmt haben — zur Folge.

§ 19.

2. Die Wirkungen des Rücktritts.

Durch den Rücktritt wird das Vertragsverhältnis ex tunc aufgelöst, nicht wird nur eine Einrede geschaffen. Die Entstehungsgeschichte des § 346 spricht gegen das letztere. – § 427 des ersten Entwurfes regelte die Wirkung des Rücktritts in der Weise, dass auf der einen Seite eine Einrede gegen die etwaige Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs seitens des Gegners begründet, andrerseits aber für die Parteien die Verpflichtung normiert wurde, sich einander die empfangenen Leistungen zurückzuerstatten.[114] Die II. Kommission traf insofern eine Änderung, als sie es zwar bei jener obligatio ad restituendum in integrum beliess, die hiermit nicht vereinbare Einrede indes beseitigte und über die Einwirkung des Rücktritts auf das Vertragsverhältnis selbst schwieg, also dem § 346 seine heutige Fassung gab.[115] — Gegen die Annahme der Be-

113) Motive II S. 284.
114) Vgl Mot. II S. 280, 281.
115) Protokolle I S. 788.

gründung einer Einrede sprechen auch noch folgende Erwägungen: das BGB. macht nur dann von einer Einrede Gebrauch, wenn dies die Natur des betreffenden Vertragsverhältnisses erfordert. Bei einem mit dem Vorbehalt des Rücktrittsrechts eingegangenen Schuldverhältnis liegt für die Konstruktion einer blossen Einrede kein besonderer Grund vor. Zudem wählt dasBGB., wenn es sich um eine Einrede handelt,die Fassung: „der Schuldner ist die Leistung zu verweigern berechtigt" oder verwendet unmittelbar den Begriff „Einrede" [116]

Der Zweck des Rücktritts ist offenbar der: die Parteien sollen in die Lage versetzt werden, wie wenn der Vertrag garnicht geschlossen worden wäre; indes nicht in dem Sinne, dass nun die Parteien das negative Vertragsinteresse fordern könnten; es soll vielmehr m. a. W. der Zustand herbeigeführt werden, wie wenn auf Grund des Vertrags keine Leistungen erfolgt wären. Wir müssen sonach so konstruieren: durch den Rücktritt wird der Vertrag ex tunc aufgehoben, die etwa auf Grund desselben bewirkten Leistungen bleiben an sich voll und ganz zurecht bestehen, sie verlieren aber durch die Auflösung des Vertrags ihre Kausa, und ihre Rückgängigmachung müsste nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung erfolgen. Der Gesetzgeber macht jedoch hier eine Ausnahme, weil sich auf jene Weise der eigentliche oben angedeutete Zweck des Rücktritts nicht würde erreichen lassen, und lässt ipso jure ein neues Schuldverhältnis unter den Parteien entstehen, demzufolge sie

116) Siehe Planck II S. 127.

verpflichtet sind, einander die etwa empfangenen Leistungen zurückzuerstatten (§ 346 S. 1). Die Wirkung des Rücktritts ist also lediglich eine rein obligatorische. Nicht ist das mit dem Vorbehalt des Rücktrittsrechts eingegangene Schuldverhältnis einem resolutiv bedingten gleich. Es tritt nicht wie hier eine dingliche Wirkung ein, die an Dritte weiter veräusserten Sachen brauchen nicht zurückgegeben zu werden. Im Interesse der Verkehrssicherheit hat sich der Gesetzgeber für eine nur obligatorische Wirkung entschieden. Doch können die Parteien dem Vorbehalt des Rücktrittsrechts die Bedeutung einer Resolutivbedingung geben. Für geleistete Dienste sowie für die Überlassung der Benutzung einer Sache ist, da eine Naturalrestitution nicht angängig ist, der Wert zu vergüten, und zwar wird der gemeine Wert der fraglichen Leistung geschuldet. Ist diese dadurch geschätzt, dass eine Gegenleistung in Geld vereinbart ist, so ist der vereinbarte Geldbetrag zu entrichten (§ 346 S. 2).

Mit Rücksicht darauf, dass, wie die Denkschrift ausführt,[117] „jede Partei von Anfang an mit der Möglichkeit rechnen muss, dass sie infolge des Rücktritts verpflichtet wird, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren," erscheint die Vorschrift des § 347 gerechtfertigt. Sie bringt die Konsequenzen des Prinzips, dass sich die Parteien nach erfolgtem Rücktritt gegengenseitig in die Lage versetzen müssen, wie wenn sie auf Grund des Vertrags nichts empfangen hätten, zum Ausdruck. Massgebend für den Beginn der Haftpflicht ist der Zeitpunkt des Empfangs der Leistungen; natürlich vorausgesetzt, dass damals schon das Rücktrittsrecht

117) Denkschrift S. 79.

bestand, rechtfertigt sich doch gerade die strenge Haftung mit Rücksicht auf die Kenntnis desselben. Es ist nicht ausgeschlossen, dass durch eine besondere nachträgliche Vereinbarung das Rücktrittsrecht dem einen Kontrahenten eingeräumt wird; in diesem Falle können m. E. die strengen Rückgewährungsgrundsätze erst vom Augenblick der Vereinbarung an Platz greifen. Nach § 347 haftet der zur Rückleistung Verpflichtete für Schadensersatz wegen Verschlechterung oder Untergangs der empfangenen Leistungen, oder, wenn diese aus einem sonstigen Grunde nicht wieder zurückerstattet werden können, in gleicher Weise, wie der Beklagte bei der Eigentumsklage (§§ 987 fl.).[118] Nach denselben Grundsätzen bestimmt sich auch seine Verpflichtung zur Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und zum Ersatz von Verwendungen. — Eine Geldsumme ist von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen, da von einer Geldsumme stets bei ordnungsmässiger Wirtschaft Zinsen gezogen werden können.

Jenes Schuldverhältnis, wonach die Parteien zur Restitution der empfangenen Leistungen verpflichtet sind, wird, wenn auf beiden Seiten Verpflichtungen zur Rückgabe bestehen, nach Art eines gegenseitigen Vertrags behandelt; es kann ev. für eine Partei die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entstehen. Eine etwaige Verurteilung ginge auf Leistung Zug um Zug (§ 348). Nur die für die gegenseitigen Verträge in den §§ 320

118) Hat der zum Rücktritt Berechtigte die Verschlechterung, den Untergang oder die sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe verschuldet, so verliert er dadurch sein Rücktrittsrecht (siehe unten).

und 322 aufgestellten Vorschriften sollen nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes entsprechende Anwendung finden. Es kann beispielsweise § 326 nicht analog gelten; es würde dies dem Zwecke des Rücktrittsrechts zuwiderlaufen: der durch den Rücktritt geschaffene Zustand würde perpetuiert werden, es fände ein regressus in infinitum statt. — Besteht nur auf einer Seite eine Verpflichtung zur Rückgewähr, so können natürlich nur die Vorschriften über den einseitigen Vertrag analog zur Anwendung gelangen.

§ 20.

3. Der Wegfall des Rücktrittsrechts. — Die Unwirksamkeit des Rücktritts.

Ein an sich begründetes Rücktrittsrecht kann in der Weise in Wegfall kommen, dass es entweder unter bestimmten Voraussetzungen ausgeschlossen wird, oder, wenn befristet, nach Ablauf der Frist erlischt. Ein praktischer Unterschied zwischen diesen beiden Gründen des Wegfalls, dem Ausschluss und dem Erlöschen, wird sich wohl kaum finden lassen.

Ausgeschlossen wird das Rücktrittsrecht prinzipiell dann, wenn der Berechtigte den empfangenen Gegenstand aus einem Grunde nicht zurückerstatten kann, den er bzw. sein gesetzlicher Vertreter oder eine seiner Hülfspersonen zu vertreten haben (vgl. § 278). Ist indes der empfangene Gegenstand durch Zufall ganz untergegangen, oder wesentlich verschlechtert worden, so wird dadurch das Rücktrittsrecht nicht berührt (§ 350). Es entspricht dies dem wirtschaft-

lichen Zweck des Rücktrittsrechts.[119] Durch den Rücktritt soll der Berechtigte in die Lage versetzt werden, wie wenn er sich auf den Vertrag garnicht eingelassen hätte. Er muss also auch gegen die Folgen geschützt werden, die der Vertragsabschluss hinsichtlich der Gefahrtragung mit sich bringt. — Die Vorschrift des § 350 ist dispositiver Natur, die Parteien können also das Gegenteil vereinbaren. Ebensowenig wird dadurch allein, dass der Berechtigte den empfangenen Gegenstand bzw. einen erheblichen Teil desselben veräussert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet hat, das Rücktrittsrecht für ihn genommen. Es ist dem Berechtigten noch immerhin die Möglichkeit gegeben, sich wieder in den Besitz der Sache zu setzen, bzw. die Belastung zu beseitigen. Es erscheint nicht angängig, in diesem Falle das Rücktrittsrecht schlechthin auszuschliessen, da es zur Zeit des Rücktritts noch ungewiss sein kann, ob der Berechtigte den empfangenen Gegenstand zurückzugewähren imstande ist oder nicht. Dies entscheidet sich oft erst dann, wenn der Gläubiger nach dem Rücktritt zur Rückgewähr schreiten muss; dann aber kann sich der Gegner gegen etwaige Nachteile in der im § 354 angedeuteten Weise schützen (siehe unten).

Das Gesetz hebt in den §§ 351—353 die Fälle hervor, in denen das Rücktrittsrecht ausgeschlossen ist; ihnen liegt das oben ausgesprochene Prinzip zu Grunde. Die in den erwähnten Paragraphen getroffenen Bestimmungen finden nur Anwendung, solange der Rücktritt noch nicht erklärt ist. Nach erklärtem

119) Vgl. Denkschrift S. 80.

Rücktritt gilt § 347 für das gegenseitige Verhältnis der Parteien.

1. Der Rücktrittsberechtigte, bzw. sein gesetzlicher Vertreter oder eine seiner Hülfspersonen haben den Untergang des empfangenen Gegenstandes oder dessen wesentliche Verschlechterung, der der Untergang eines erheblichen Teiles gleich geachtet wird, oder eine anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe verschuldet. (§ 351). Ist die Verschlechterung keine wesentliche oder ein nur unerheblicher Teil untergegangen, so bleibt das Rücktrittsrecht bestehen. Es tritt alsdann für den Berechtigten eine Schadensersatzpflicht nach § 347 ein. Ob eine Verschlechterung als eine wesentliche anzusehen ist, beurteilt sich nach dem konkreten Fall. Es wird der Einfluss der Verschlechterung auf die wirtschaftliche Bedeutung des Gegenstandes in betracht zu ziehen sein.

2. Der Berechtigte hat die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet (§ 352). Es ist gleichgültig, ob den Berechtigten hierbei ein Verschulden trifft oder nicht. Es genügt für den Ausschluss der objektive Tatbestand der Verarbeitung bzw. Umbildung. Der Berechtigte kann dem Gegner die Sache, die eine andere geworden ist, billigerweise nicht aufdrängen.

3. In der Person desjenigen, der den fraglichen Gegenstand auf Grund einer Verfügung des Berechtigten bzw. einer solchen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung gegen den Berechtigten oder durch den Konkursverwalter im Konkurse des Berechtigten erfolgt ist, erlangt hat, sind

die unter 1 und 2 hervorgehobenen Voraussetzungen eingetreten (§ 353). —

Das Rücktrittsrecht ist in seiner Eigenschaft als subjektives Kannrecht der Verjährung nicht unterworfen. Doch können die Parteien eine Frist für die Ausübung desselben vereinbaren, bei deren Ablauf alsdann das Rücktrittsrecht, wenn es nicht innerhalb derselben geltend gemacht worden ist, erlischt. Ist eine Frist nicht von vornherein verabredet, so kann dem Berechtigten noch nachträglich eine solche in angemessener Weise gesetzt werden (§ 355). Andernfalls wäre der Schuldner der Willkür des Berechtigten überlassen; durch die Möglichkeit der Fristsetzung soll er aus seiner Ungewissheit befreit werden.

Von dem Wegfall des Rücktrittsrechts ist die Unwirksamkeit des Rücktritts zu scheiden. Unwirksam wird der Rücktritt stets dann sein, wenn ein Rücktrittsrecht nicht vorgelegen hat. Aber auch wenn ein solches an sich besteht, kann der Rücktritt unter bestimmten im Gesetz hervorgehobenen Voraussetzungen unwirksam sein, bzw. unwirksam werden.

Das erstere ist dann der Fall, wenn der Rücktritt auf Grund einer Verwirkungsklausel erfolgt, sich der Schuldner aber durch Aufrechnung von seiner Verpflichtung befreien konnte und die Aufrechnungserklärung unverzüglich nach dem Rücktritt abgiebt (§ 357; Näheres s. S. 82 u. 83). Ferner ist der Rücktritt, der gegen Zahlung eines Reugeldes vorbehalten ist, dann unwirksam, wenn das Reugeld nicht rechtzeitig gezahlt wird (§ 359; Näheres s. S. 81 u. 82). Ein rechtmässig geschehener Rücktritt verliert nachträglich seine Wirk-

samkeit, wenn der Berechtigte mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes bzw. eines erheblichen Teiles desselben in Verzug gerät und eine ihm hierfür vom Gegner gesetzte Frist unbenutzt verstreichen lässt (§ 354). Es wird dieser Fall meist dann praktisch werden, wenn der Berechtigte den empfangenen Gegenstand veräussert hat und ihn nicht wieder erlangen kann.

Schluss.

Rückblick.

Das Ergebnis der vorliegenden Untersuchung lässt sich dahin zusammenfassen:

Was zunächst das gesetzliche Rücktrittsrecht angeht, so war ein solches im römischen Recht bei den Innominatkontrakten bis zur Einführung der actio praescriptis verbis für die vorleistende Partei in der condictio causa data causa non secuta gegeben. Dieses Recht erklärte sich aus Billigkeitsgründen; es war für den vorleistenden Teil ein Ersatz für die mangelnde Klagbarkeit jener Verträge und musste wieder wegfallen bzw. auf den Fall des gegnerischen Verzugs beschränkt werden, nachdem die Innominatkontrakte durch die erwähnte Klage Klagbarkeit erlangt hatten. Die Innominatkontrakte verloren im nachjustinianischen Recht den ihnen eigentümlichen Charakter und verschmolzen mit den Konsensualverträgen zu solchen. Mit Rücksicht auf ihre juristische Konstruktion stand man bezüglich dieser Kontrakte, bei denen der allein verpflichtende Konsens durch äussere Umstände, insbesondere durch ein Nichterfüllen seitens des Gegners, nicht berührt wurde, im

römisch-gemeinen Recht einem gesetzlichen Rücktrittsrecht stets ablehnend gegenüber, wenn man auch beim Kauf 2 Ausnahmen, die actio redhibitoria und den Reszissionsanspruch bei der laesio enormis, statuierte. — Bei der debitorischen Mora hatte der Gläubiger eine Ablehnungsbefugnis, die indes mit einem Rücktrittsrecht nicht identifiziert werden darf und aus dem durch den Verzug des Schuldners veränderten Interesse des Gläubigers resultiert. Die Leistung musste für den Gläubiger infolge des Verzugs wertlos geworden sein, wofür er beweispflichtig war.

Das preussische allgemeine Landrecht und der I. Entwurf des BGB. folgen grundsätzlich der gemeinrechtlichen Doktrin, lassen indes Ausnahmen zu, während das französische Recht ein entgegengesetztes Prinzip verfolgt. — Der I. Entwurf des BGB. kennt bereits ein gesetzliches Rücktrittsrecht in der heutigen Form, gerügt wurde jedoch, dass die Ausübung desselben bei Verzug des Schuldners durch den vom Gläubiger zu erbringenden Nachweis, dass die verzögerte Leistung jegliches Interesse für ihn verloren habe, bedingt war. Das BGB. schliesslich schuf, indem es diesen letzten Mangel beseitigte und Rechtssätze, die bisher nur auf dem Gebiete des Handelsrechts Anwendung gefunden hatten, aber noch einer weiteren Ausgestaltung bedürftig waren, auf den bürgerlichen Rechtsverkehr übertrug, ein den heutigen Verkehrsverhältnissen entsprechendes gesetzliches Rücktrittsrecht.

Das gemeine Recht kannte bereits ein vertragsmässiges Rücktrittsrecht. Die Darstellung dieser

Materie in dem BGB. bedeutet insofern einen Fortschritt, als an Stelle ihrer kasuistischen Behandlung in den Pandekten eine allgemeine Regelung getreten ist und viele Streitfragen, die namentlich die Wirkung des Rücktritts betrafen, durch positive Rechtssätze entschieden worden sind.

Das gesamte Rücktrittsrecht hat somit im BGB. einen erfreulichen Abschluss gefunden.